

# REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN

FUNDADA EN 1853

TOMO LXXXVIII DE LA SEGUNDA ÉPOCA

2

FEBRERO  
1984



# Aspectos Jurídicos y morales de la despenalización del aborto en los supuestos de previsibles anormalidades del feto.

## SUMARIO

### I.—PARTE: PROBLEMÁTICA GENERAL

- Actitud Ética y Jurídica: El problema de la humanización.
- Doctrina de la Iglesia Católica.
- Evolución en el Derecho Positivo.

### II.—PARTE: LA LLAMADA INDICACIÓN EUGENESICA

- Aspectos Generales.
- La verdadera razón del aborto eugenésico.
- Las grandes epidemias.
- Impacto en la Legislación.
- Problemas colaterales.

### III.—PARTE: A MODO DE CONCLUSIÓN

## I PARTE: PROBLEMÁTICA GENERAL

Al comenzar este trabajo sobre algunos de los problemas éticos y jurídicos que suscita la despenalización del aborto, con una referencia especial al mal llamado aborto eugenésico, deseo hacer una precisión importante. No he abordado este estudio desde un punto de vista de indiferencia moral, buscando en él la respuesta a alguna pregunta básica sobre el tema de forma inductiva, sino desde una posición fundada a «priori» por un rechazo innato a la práctica del aborto, reforzada por las enseñanzas de una moral tradicional que profeso (1). Esta opción condiciona sin duda nuestro estudio,

---

(1) «Credo ut intelligam», San Agustín. Paul VIGNAUX: *El pensamiento en la Edad Media*. Ed. F. C. E. México, 1954, pág. 34. Para una correcta interpretación de Platón y una muy completa información bibliográfica, vid. H. I. MARROU: *Saint Agustín et l'augustinisme*. París, 1955. En la misma línea de pensamiento agustiniano: «El creer no es más que pensar dando asentimiento; piensa todo lo que

y nos hace suscribir la opinión de Thomas SZASTZ en «The Ethics of Abortion»: «El aborto es un problema moral y no una cuestión médica. Ciertamente el procedimiento es quirúrgico, pero eso no convierte al aborto en un problema médico, como tampoco el uso de la silla eléctrica hace que la pena de muerte sea un problema de la electrotecnia.»

Creo que al analizar este problema debemos de partir de dos premisas, en primer lugar rehuir centrar la discusión o el análisis en el caso límite, tanto por ser esta una práctica de la que se valen usualmente los proabortistas con el propósito de conseguir una mayor fuerza persuasiva para sus argumentaciones, como por ser una forma de desviar el objeto de debate.

El aborto ha de ser estudiado globalmente, centrándose en los problemas éticos y jurídicos que plantea la terminación intencional del embarazo, induciendo la pérdida del feto, para luego una vez afirmados indubitadamente claros principios básicos, pasar a estudiar los denominados casos límites; porque el proceso contrario, es decir, partir del análisis de los casos extremos sin fijar ningún principio, puede llevar a admitirlos y extender luego la aprobación a todo tipo de casos, fenómeno que aunque no parece lógico, la experiencia demuestra que se ha producido reiteradamente (2).

En segundo lugar entiendo que resulta fundamental abordar el estudio considerando al feto como el auténtico núcleo del problema e investigando en principio su humanidad, sus

---

él cree, y, creyendo, piensa, y pensando, cree». «De Praedestinationem Sanctorum», 2,5. M. L. 4964. De San Agustín vid. la edición bilingüe de sus obras publicadas bajo la dirección del Padre Félix Fasac, O. S. A., Madrid B. A. C., 18 volúmenes, 1946 y ss. Acerca del marco en que se produjo el conocimiento de esta obra de San Agustín vid. Peter BROWN: *Biografía de San Agustín de Hipona*, trad. del inglés por Santiago y María Rosa Tovar, Revista de Occidente, Madrid, 1967, páginas 541 y ss. En todo caso recuérdese R. LORENZ: *Die wissenschaftslehre Augustinus*, en «Zeitschrift für Kirchengeschichte», 67, 1956, págs. 29-60, y *Gnade und Erkenntnis bei Augustinus*, en el vol. 75, 1964, págs. 21-78 de la misma revista. H. MAISSONNEUVE: *Croyance religieuse et contrainte la doctrine de Saint Augustine*, en «Melanges de Science Religieuse», 6, 1949, págs. 31-48; REBECCA WEST: *St. Augustine*, 1933, y H. WOODS: *Augustine and Evolution*, 1924.

(2) Véase a este respecto la colaboración publicada por Alberto PINERO en el volumen colectivo *El aborto a examen*. Ed. Razón y Fe, Madrid, 1983, págs. 11 a 13; o los estudios sobre el tema publicados en los EE. UU.: CALLAHAN, D. J.: *Abortion: Law, Choice, and Morality*. Macmillan, New York, 1970; GRANFIED, D.: *The Abortion Decision*. Double day & Co. Garden City, N. York, 1969; LADER, L.: *Abortion*. The Bobbs Merrill Co., Indianápolis, 1966; SAINT JOHN-STEVENS: *The Right to Life*. Holt, Rinehart and Winston, New York, 1964.

posibles derechos y los derechos ajenos contra él, las garantías que tradicionalmente se le han concedido y las excepciones que se pueden buscar a las mismas.

Es curioso que en general los estudios favorables a una legislación permisiva del aborto, pasan sobre el feto como de puntillas, esquivándolo y se centran en el área de los «derechos de la mujer» en una neodiscriminación respecto a los derechos del hombre. Se observan los aspectos sociológicos, demográficos, el impacto del llamado hijo no deseado, etcétera, pero el feto es arrinconado en algún oscuro capítulo.

En este sentido a la hora de argumentar a favor de una legislación permisiva del aborto, se dice o bien que la legislación restrictiva del aborto «causa un gran daño a incontables, mujeres embarazadas contribuyendo a la destrucción de su salud física y mental », o que «el aborto debería estar legalmente permitido de modo que las mujeres y muchachas que quedaran embarazadas como consecuencia de un acto sexual de carácter criminal (cuando una mujer es asaltada y violada o una pobre niña tiene relaciones incestuosas) puedan terminar un embarazo al que se han visto forzadas contra su voluntad», o que «las leyes restrictivas del aborto son injustas porque discriminan contra toda justicia entre ciertos grupos de ciudadanos. Demostrando estudios estadísticos, por ejemplo, que las negras tienen en los EE. UU. muchas menos posibilidades de obtener un aborto legal que las blancas, y las pacientes de la Seguridad Social, menos que las de las clínicas privadas; se niega a las mujeres no casadas el acceso al aborto que es asequible para las casadas, y las mujeres que puedan gastar su dinero en un viaje pueden obtener abortos en otros estados de la Unión o en países con leyes más permisivas, mientras que no pueden hacerlo aquellas que no tienen recursos financieros. Con independencia de cuál sea la intención de estas leyes restrictivas del aborto, lo cierto es que esta legislación termina provocando en la práctica límites mucho más estrechos a ciertos grupos de nuestra población que a otros más afortunados económicamente. La justicia impone que todos los ciudadanos reciban la misma protección de la ley. El aborto debe ser legalizado para eliminar las prácticas discriminatorias que resultan de esa legislación restrictiva», o que «una ley imposible de hacer cumplir como la que sanciona las prácticas abortivas crea una falta de respeto por el sistema legal de una sociedad», «forzando las leyes restrictivas del aborto a la comisión de actos ilegales por parte de los médicos o a una actuación contraria a su juicio profesional», o que la prohibición legal

del aborto supone la «interferencia de la sociedad en asuntos puramente privados de los ciudadanos», o que el aborto voluntario eliminaría los abortos ilegales, ya que «donde existen leyes restrictivas contra el aborto son notablemente ineficaces para impedir que las mujeres embarazadas aborten. La mujer que ha tomado la decisión de abortar lo hará a pesar de las leyes antiabortistas». Lo que las leyes restrictivas sobre el aborto hacen «es forzar a muchas mujeres a recurrir a la búsqueda de abortos ilegales o bien a incurrir en autoabortos», y el daño físico psicológico «infringido por los abortos ilegales es difícil de exagerar. El aborto voluntario debería legalizarse para evitar este gran daño social. A menos naturalmente que una legislación permisiva causara más daño todavía que la legislación restrictiva»; o bien que el aborto es un medio para suplir el no uso o el uso no efectivo de los métodos anticonceptivos disponibles para controlar la explosión demográfica siendo moralmente imperativo utilizar cualquier medio para contenerla... (3). Es decir, la argumentación a favor de la permisión legal del aborto se centra en las circunstancias del embarazo, sus efectos, los derechos a la intimidad de la mujer embarazada, la superpoblación...; poniendo en segundo lugar o incluso olvidando completamente en ocasiones el problema fundamental, dado que al ser el aborto «la terminación intencional del embarazo induciendo a la pérdida del feto», esto supone el que con el mismo se termina con la vida de un feto humano.

### ACTITUD ETICA Y JURÍDICA. EL PROBLEMA DE LA HUMANIZACIÓN

Previamente a cualquier debate serio sobre el tema que nos ocupa hemos de convenir en un principio básico que normalmente aceptan tanto los defensores como los detractores a la legalidad del aborto provocado, este principio fundamental es el que MORÍ denomina «de la santidad de la vida humana», y que hace afirmar a Richard B. BRANDT (4) que entre los derechos «prima facie» se cuenta el derecho a la vida. Los

---

(3) En el capítulo 7 de *Morals and Ethics*, obra del profesor del Departamento de Filosofía de la Universidad de Washington, Carl WELLMAN (edit. por Scott, Foresman and Company, 1975) se recogen este conjunto de argumentaciones a favor de la permisividad del aborto. Hay trad. castellana realizada por Jesús Rodríguez Marín, en Editorial Tecnos, Madrid, 1982).

(4) Richard B. BRANDT: *Ethical Theory. The Problems of Normative and Critical Ethics*. Prentice Hall Inc., Englewood Cliffs, N. Jersey, 1959, capítulo 17, «Los derechos humanos» (hay trad. cast. de Esperanza Guisan, Alianza Editorial, Madrid, 1982).

ordenamientos jurídicos vigentes coinciden en reprobar la violación del derecho a la vida humana inocente e incluso muchos como el español no recogen la pena de muerte ni para los delitos más rechazados prohibiéndolo en sus normas básicas, en el entendimiento de que el inalienable derecho a la vida alcanza incluso al criminal (5).

Desde el Génesis, con el duro castigo al crimen de Caín, pasando por la ley mosaica, hasta el desarrollo de las declaraciones de derechos humanos, la repugnancia al homicidio late en el fondo de nuestra civilización, en la cual muy bien puede decirse que no hay discrepancias a la hora de admitir que es moralmente incorrecto todo acto injustificado que quite la vida a un ser humano intencionalmente.

En el supuesto de que no se aceptase esta base, la discusión sobre la legalización del aborto o bien no se plantearía o se produciría en términos distintos; pero considerando que es pacífica la concepción de que se debe penar el homicidio puesto que constituye una violación del derecho a la vida de las víctimas, pasaremos al problema básico en toda polémica sobre el aborto que es el de saber lo que se elimina al realizar esta operación, pues de considerar al feto un conjunto de células, una parte del cuerpo de la madre, o un verdadero ser humano en acto o en potencia, dependerá la postura que se tome; en este sentido parece interesante recordar cómo el doctor NATHANSON, promotor de la legalización del aborto en EE. UU., varió su postura como él mismo confesó en un acto antiabortista en Madrid al llegar a la conclusión de que el feto es un ser humano<sup>5</sup> El problema central para determinar si el aborto es o no un asesinato es el de si el feto abortado es no un ser humano. En este sentido los proabortistas han negado al feto la condición de ser humano en base a criterios distintos:

---

(5) Mauricio MORÍ: *Il diritto alla vita e il paradoso della posizione antiabortista. Un analisi filosofica*. «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto». Milán, A. Guiffre, 1979, pág. 173. Acerca de la pena capital vid. entre otros, BLOM-COOPER, L. (editor): *The Hanging question*, Dunekworth & Co., Londres, 1969; GERSTEIN, R. M.: *A Prosecutor Looks at Capital Punishment*, en «Journal of criminal Law, Criminologie and Pólice science», 51, 1959, págs. 252 y sgts.; M CAFFERTY, J. A. (editor): *Capital Punishment*, Aldine-Atheston, Chicago, 1978.

(6) Conferencia pronunciada por el Dr. B. Nathanson en el Colegio de Médicos de Madrid el 15 de noviembre de 1982. Vid. sobre el tema SCHUR, E. M.: *Crimes without Victims. Deviant behavior and Public policy: Abortion, Homosexuality, Drug Adiction*, Prentice-Hall, Engle-Wood Cliffs, N. Jersey, 1965; WILLIAMS, G. Ll.: *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Alfred A. Knopf, New York, 1957, caps. 5 y 6.

- a) El feto no es humano al no ser un organismo separado, una entidad distinta de la madre.
- b) El feto no es un ser humano individual, puesto que no es un ser viable y autónomo, independiente.
- c) El feto no es un ser humano en el sentido moral del término al no ser consciente, está «lejos de ser un agente racional» y carece de toda personalidad.

Los que defendemos la prohibición del aborto lo hacemos fundamentalmente por entender que el feto es un ser humano, cuya muerte causada intencionalmente viola su derecho natural a la vida.

En principio, examinaremos lo que la biología dice a este respecto, aunque como se ha hecho patente a lo largo del debate nacional en torno a este tema, no hay acuerdo total. La postura mayoritaria define al ser humano como un organismo separado.

La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el informe que elevó al Gobierno dice a este respecto que (7):

- 1. La índole humana del ser en gestación, desde que es concebido, se encuentra asegurada por el correspondiente código y mensaje genéticos.
- 2. El concebido no es parte del organismo materno, sino un efectivo ser humano, perfectamente individualizado, con su propio patrimonio genético.

Como es obvio, la Real Academia no improvisa estas conclusiones, si no está apoyada en las afirmaciones de prestigiosísimos biólogos, especialmente en los últimos años. Resulta significativo que incluso un autor como Carl WELLMAN (que defiende la permisividad legal del aborto voluntario) admita que el embrión «concebido por padres humanos y dotado naturalmente con la capacidad de desarrollarse hasta convertirse en un ser humano maduro... biológicamente es un ser humano. Desde el punto de vista de la genética y la teoría de los organismos vivos, la línea vital que pasa entre padres e hijos en el momento de la concepción. Antes de la concepción sólo hay un óvulo y un espermatozoide, ninguno de los cuales es un ser humano. Después de la concepción hay un ser humano nuevo, un organismo vivo con una he-

---

(7) Informe al Gobierno de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre la despenalización del aborto. *El aborto a examen*, Editorial Razón y Fe, Madrid, 1983, pág. 176. También en la mayoría de los diarios del 17 de marzo de 1983.



rencia genética única que controlará su crecimiento futuro y su vida biológica como ser humano» (8).

Germain G. GRISSEZ, autor de un riguroso libro sobre este tema, titulado «El aborto, mitos, realidades y argumentos», dice «Viene ahora el estadio crucial de la concepción. El material genético traído por el espermatozoide y el que ya está en el óvulo, forman dos paquetes. Se atraen y se unen, de manera que se restaura el número de cuarenta y seis cromosomas, 23 de la "madre y otros tantos del padre.

Esto explica por qué se puede fijar el nacimiento de la vida en la concepción y no en el espermatozoide y el óvulo, el cigoto es distinto de los progenitores y tiene 46 cromosomas mientras el espermatozoide y el óvulo son células especializadas de aquéllos con sólo 23».

Es de destacar que el intento de reducir «ad absurdum» la teoría de la concepción se da en autores tan reputados como Mauricio MORÍ.

Insistiendo en esta línea argumentativa el Dr. LEJEUNE, en su libro «Dejadlos vivir», dice (10): «No solamente su individualidad genética está, con toda seguridad establecida, ya lo hemos visto, sino que este minúsculo embrión, en el sexto, o séptimo día de su vida, con un tamaño apenas de milímetro y medio es ya capaz de presidir su propio destino»\*.

Un juicio autorizado sin duda es el del profesor de la Universidad de Princeton, y discípulo de B.C MALINOWSKI en la London School of Economics, M. F. Ashley MONTAGU, quien afirma que «el hecho básico es simple, la vida humana empieza no en el nacimiento sino en la concepción. Esto quiere decir que un niño está vivo, no sólo en el sentido de que está compuesto de tejidos vivos, sino también en el sentido de que le suceden cosas desde el momento de la concepción.

No es menos cierto, sin embargo, que al ser citado en libros antiabortistas escribió una carta al *New York Times* (3-3-1967). en que decía: «El embrión, el feto y el recién nacido

---

(8) Carl WELLMAN: *Morales y Éticas*, trad. cast. de *Morals and Ethics*. op cit., pág. 253.

(9) Germain G. GRISSEZ: *El aborto; mitos, realidades y argumentos*. Ed; Síguemé, 1972, Salamanca, pág. 28.

(10) J. LEJEUNE: *Dejadles vivir*. Rialp, Madrid, 1980, pág. 23; este libro es una traducción de *Laissez-les vivre. Non au génocide*. Ed. Lethielleux, París, 1979.

(11) *El aborto, mito, realidades y argumentos*, pág. 423.

de la especie humana, no son fundamentalmente humanos hasta que se humaniza en el proceso de socialización humano, la humanidad es un logro, no un regalo».

Se nos permitirá dejar para más adelante el estudio de este problema de la humanización, continuando de momento con las diversas posturas sobre el problema biológico.

Si no se admite que la vida humana comienza con la concepción, obviamente hay que elegir otro momento, son raros los partidarios del aborto que aceptan el momento del nacimiento como comienzo de la vida humana, la mayoría busca un punto del período intrauterino. Creo sinceramente que la mayoría de estas apreciaciones son totalmente arbitrarias y parten del hecho de que abortar a un feto de siete meses puede parecer muy duro. Así, cuando Glanville WILLIAMS fija en 1956 el séptimo mes como límite de la práctica del aborto, acepta implícitamente que esta designación es arbitraria (12).

FLETCHER, ministro episcopaliano y eticista de los Estados Unidos, apunta que no hay personalidad cuando la libertad y el conocimiento están ausentes, olvidando, sin embargo, el momento a partir del cual surgen estas cualidades, qué grado exige para que un ser sea considerado humano, etc (13). Pues, como veremos ampliamente al examinar la tesis de la humanización, siguiendo criterios como estos, se puede negar la humanidad de individuos a los cuales hoy en día se les supone sin dificultad.

En una obra manifiestamente «feminista», «La causa de las mujeres», de la abogada francesa Giselle HALIMI, se exigen una serie de condiciones para poder atribuir al feto la consideración de ser humano, tales como que pueda alimentarse, evacuar, etc. En este libro, el feto es dado completamente de lado, centrándose en otros problemas relativos a la mujer, a cuyos derechos se liga este supuesto del aborto (14).

Por supuesto, hay quien defiende que aunque considera-

---

(12) Página 359 del mismo libro. Vid. THOMSON: *A défense of Abortion*, en «Philosophy and Public Affairs», 1, otoño de 1972, págs. 67-95.

(13) Página 427 del mismo libro. Vid. NOONAN, J. T.: *The Morality of Abortions Legal and Historical Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge Massachussetts, 1970; y SMITH, D. T. (editor): *Abortion and the Law*, The Press of Case Western Reserve University, Cleveland, 1967.

(14) Giselle HALIMI: *La causa de las mujeres*, Ed. Era, México, 1976, pág. 131.

semos al feto un ser humano, se debe permitir a la madre abortar, una de las tesis a este respecto podría ser denominada la teoría del huésped, defendida fundamentalmente por Judith J. THOMSON (15), quien compara el caso del aborto al de una mujer que sin haber dado su consentimiento es ligada por su riñón aun hombre que lo necesita para vivir. En estas condiciones no se podría exigir a la mujer la permanencia en ese estado, pues del derecho de vivir de A no se deriva la obligación de B de sacrificarse hasta ese extremo por él, máxime cuando no ha dado su consentimiento.

A esto podríamos contestar con Mauricio MORÍ (16) que el ejemplo sería sólo aplicable a los casos de violación, en los que la mujer no presta su aprobación, pero aún más, creo que las afirmaciones de THOMSON son improcedentes, pues extrapola y compara cosas que no pueden serlo, ignora esta tesis el hecho de que el proceso de nacimiento de la vida humana es un proceso natural que nos viene impuesto, que de la presencia del feto en el claustro materno no le cabe a este ninguna responsabilidad, sino a sus progenitores, los cuales, una vez lo han engendrado, adquieren un deber que no pueden ceder. Si el feto es ya un ser humano, como defendemos, es lógico que surja un deber de mantenerlo con vida por parte de sus padres, no se trata de un contrato, pues tampoco el feto ha dado su acuerdo, es un derecho fundamental del feto y una obligación por parte de quienes lo engendraron que debe tutelar el Estado,

Giorgio del VECCHIO (17), cuando afirma que todo hombre puede ser sujeto de Derecho, dice que lo es en cuánto tiene una capacidad de querer y determinarse con respecto a los

---

(15) Thomson Judith JARVIS; *A defense of abortion*, 1974. M. Cohen la cita está recogida de Mauricio Mori, vid supra, nota. 3.

(16) «L'esempio discorso da Thomson vale solamente nel caso di violenza carnales», Mauricio MORÍ: *Il diritto a la vita*, O. C., pág. 191.

(17) Si recordamos que el derecho se refiere esencialmente al querer y al obrar, entendemos que pueden ser sujetos de derecho sólo aquellos que tienen naturalmente la capacidad de querer y obrar. Estos requisitos psicológicos esenciales se encuentran ante todo en el hombre. Giorgio DEL VECCHIO: *Filosofía del derecho*, novena edición española. Corregida y aumentada. Ed. Bosch, Barcelona, 1974, pág. 401. L. BELLO-FIORE: *La persona umana nel pensiero e nella vita contemporanea*, en «I problemi attuali della filosofia del diritto», vol. colectivo, Milán, Giuffrè. 1954, págs. 13-21. G. SOLARI: *L'indirizzo neokantiano nella filosofia del diritto*, «Rivista di Filosofia e Scienze affini», 1932, núm. 4, págs. 310-353. N. BOBBIO: *Diritto e morale nella opera di G. del Vecchio*, en «Scritti Vari», Milán, 1961, págs. 71-93; P. PIOVANI: *l'attuale filosofia giuridico-politica italiana*, Milán, 1951; A. E. PÉREZ-LÚÑO: *lusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna-*, Zaragoza, 1971.

otros, obviamente esta no es la situación del feto, pero si afirmamos que el ser humano es sujeto de derecho, esta condición la predicamos con respecto a todos, aunque lo determinante haya sido una específica cualidad, la ausencia de una propiedad de un ser del que afirmamos que es humano, no debe justificar privarle de derechos fundamentales en cuanto tal, esto es lo que nos permite proteger al enajenado, al imbécil o al recién nacido.

No parece correcto decir que el feto no es un ser humano individual porque no sea un ser independiente, porque no pueda sobrevivir sin la madre y fuera del cuerpo de ésta. Ya que todos los niños recién nacidos son completamente dependientes, del calor, el alimento y la protección de la madre, sin cuyos cuidados no podría vivir más que un período efímero. «Ciertamente, otros adultos pueden asumir esta responsabilidad materna, pero esto no reduce la dependencia del niño, su dependencia es meramente transferida a otras personas. A menos que estemos dispuestos a mantener que muchos niños puedan ser muertos sin remordimientos no podemos emplear la independencia como un criterio para definir el asesinato. Por completamente dependiente que sea, el feto es va un ser humano» (18).

Algún autor acusa a quien sostiene la postura de la concepción de un excesivo biologismo reduciendo el ser humano en su magnitud y denunciando como paradójica la postura católica, ya que, según sus tesis, para estos autores, entre los que podemos citar a MORÍ Y MONTAGU, la humanidad la alcanza el hombre en el curso de un proceso de socialización en base al cual podemos distinguir entre un ser humano y un organismo humano como sería el cigoto: ahora bien, de aceptarse *este* argumento se negaría la humanidad de innumerables organismos como serían los recién nacidos (19). Por otro lado estos mismos autores, tras rechazar lo que hemos denominado biologismo, tienden a buscar una base de esta especie al fijar el umbral en que podemos hablar ya de ser humano, púes, por ejemplo, MORI se referirá a la teoría de los impulsos eléctricos en el cerebro, que es, como es obvio, al menos tan cientifista como la de la concepción (20).

---

(18) Cari WELLMAN: *Morales y Éticas*, ob. cit, pág. 252.

(19) En este sentido se definen gran número de estudiosos, como ejemplo véase a Germain G. GRISSEZ en el libro ya citado, pág. 424; a Javier GAFO en su colaboración al volumen también citado, *El aborto a examen*, donde en su página 87 insiste en la indefensión del niño humano al criticar la teoría de la viabilidad.

(20) Mauricio MORÍ, pág. 218 del artículo ya citado, en contra de

Estoy convencido de que la fundamentación del reconocimiento de la individualidad en bases dadas por la ciencia biológica no disminuye la dignidad humana; como dice LEGAZ (21): «El renovarse la ciencia del derecho desde el nivel del pensamiento científico lo ha hecho siempre en sus grandes momentos», lo peligroso es la deshumanización de la ciencia jurídica por causa de un cientifismo exagerado y no creo que este sea el caso>>.

Vemos como los defensores de la permisividad del aborto intencional han ido desplazando el centro de la discusión de la biología a la antropología filosófica y ello desde que se ha impuesto la evidencia de que cada vez va a resultar más difícil mantener que desde la concepción no haya vida autónoma. No pudiendo negarse que estamos ante un organismo humano, se puede intentar demostrar que lo estamos ante una persona en sentido jurídico o moral, y es así porque; como muy bien ha destacado el profesor americano Joseph M. BOYLE (22) cada vez que ha convenido utilizar un sentido estrecho de persona, véase el caso de la esclavitud y de los indios norteamericanos, se han encontrado buenas bases teóricas para ello.

---

su postura Javier GAFO, que critica la teoría de la actividad eléctrica en el cerebro por cientista y se inclina por una valoración ética del comienzo de la vida humana y, sobre todo. Angiola Filipponio TATARELLA, que en la *Rivista internazionale di filosofia del Diritto* del año 1980 muestra la paradoja entre la crítica al cientismo y la defensa, de la teoría de los impulsos eléctricos;.

(21) Luis LEGAZ, LACAMBRA: *El impacto de la ciencia moderna sobre el pensamiento jurídico*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 1962, curso 1961, sobre «humanidades, y problemas contemporáneos», Ed. Servicio español del profesorado del Movimiento. Sobre el Prof. LEGAZ vid. José F. LORCA NAVARRETE: *La filosofía jurídica de Luis Legaz. y Lacambra*, págs. 328 y sets. «La filosofía jurídica española contemporánea», publicada como apéndice de la 2.<sup>a</sup> «éd. castellana del volumen TXI de la *Historia de la Filosofía del derecho*, de Guido FASSÓ (ediciones Pirámide, Madrid. 1981). F. PUY: *La filosofía del derecho en la Universidad de Santiago, 1807-1957*, Santiago de Compostela, 1975. F. Elias de TEJADA Y SPINOLA: *Ecchi essistenzialisti nella Filosofia del diritto della Spagna attuale*, R. I. F. D., fasc I, 1959. A. E. PÉREZ LUÑO: *El derecho natural en la España del siglo XX*, en el volumen «El derecho natural hispánico», Madrid, 1973.

(22) «Finally, there is reason to be suspicious of attempts to narrow group of individuals to be protected by the law where there is something to be gained by this limitation. The experience of slavery, and the treatment of the American Indians give evidence to this fact Joseph M. BOYLE: *That the fetus should be considered a legal person*, «The American Journal of Jurisprudence», Notre Dame Law School, 1979, volume" 24, pág. 70.»

Si la antropología filosófica según MORÍ (23) fija la excelencia humana y su superioridad sobre los demás seres en la capacidad simbólica y en la actividad cultural, podría pensarse que la personalidad debe coincidir con el desarrollo de éstas. Pero, como afirma Angiola Filipponio TATARELLA (24), no se debe olvidar que la relación en el ser humano entre cuerpo y espíritu es completa y que la actividad simbólica que se da en el hombre necesita del cuerpo humano para desarrollarse. Citando a PASCAL dice que nuestra fisiología cerebral es nuestra grandeza y nuestra miseria, nos impide ser animales, y Dios nos impone ser hombre (25).

El hombre es la composición de espíritu y cuerpo, y fijar su excelencia en una cualidad abstracta distinta de su conjunto nos puede llevar a un rechazo total de la carne, sorprendente en algunos agnósticos, y lo que es más peligroso, negar la personalidad en virtud de reconocer o no la cualidad abstracta en la que se ha fijado.

Por otra parte, la clave de la humanización es la historicidad, es decir, es un proceso a través del tiempo que comienza con el nacimiento y acaba con la muerte, por lo que no se puede fijar un momento en el que el hombre esté totalmente humanizado (26).

El hombre en sociedad, el «homo sociologicus» de que nos habla Ralph DAHRENDORF (27), asume diversos papeles que nos permiten reconocerlo e incluso saber cosas de él

---

(23) «In fine, voglio ricordare che le convinzioni del le positio ne sopra esposte, hanno fundamento in una (precisa) antropología filosófica piuttosto diffusa in occidente che considera l'uomo un essere qualitativamente distinto dal resto della natura, perché produttore di attività simbólica». Mauricio MORÍ: *Il diritto alla vita*, pág. 197, vid. supra.

(24) «Qui non c'e determinismo o naturalismo: la nostra fisiología cerebrale ci da la nostra grandeza e la nostra miseria y ci impedisce di essere animali ma anche di essere Dio, ci impone di essere homini». Angiola Filipponio TATARELLA, *vid.*, pág. 482, v. g. supra nota 15.

(25) Cario CAFFARRA: *El problema moral*, Boletín Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, números 129-130.

(26) Ralph DAHRENDORF: *Homo Sociologicus*. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social, trad. cast. de José Belloch Zimmermann, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, con estudio introductorio, «Sociedad, individuo», «Homo Sociologicus», de J. JIMÉNEZ BLANCO, págs. 9-35. La edición original apareció en los volúmenes 2 y 3, de 1959, de la *Kolner Zeitschaft für Soziologie und sozial psychologie*. De *Homo Sociologicus* hay edición castellana posterior en editorial Akal, Madrid, 1975.

(27) A. F. TATARELLA: *Il diritto alla vita*, Ancora, vid. supra, nota 15, página 482.

sin tener un conocimiento profundo, pero asume estos papeles en cuanto hombre, pues si fuera una vaca no podría hacerlo y su condición humana la tiene «per se», como dice A. F. TATARELLA, «La umanita del feto, quindi, ammettersi e ab initio» (28).

El intento de la doctrina proabortista es discutir el carácter de potencialidad que tiene las facultades humanas distintas, es decir, aquellas que califican al hombre como tal, en, el feto, han sido rebatidas también por ANGIOLA (29), basándose en la anterior demostración de la necesidad de un equipamiento biológico para la actividad simbólica, de aquí se deduce que *se puede* aplicar el principio de potencialidad de las ciencias biológicas al tema que nos ocupa. Decir que la capacidad volitiva, cultural, etc., de un hombre están en potencia en él feto no es ninguna barbaridad, pues se encuentran en fase de desarrollo los órganos que lo permitirán, en el mismo sentido es sumamente interesante el ejemplo de J. M. BOYLE (30) cuando dice que si el hombre descubriese unos seres con cualidades semejantes a las nuestras en el aspecto intelectual, volitivo, etc., lo más probable es que se les dotase de capacidad jurídica luego al encontrarse otros seres de la misma especie que por alguna circunstancia careciesen temporalmente de ello. Lo lógico sería asimismo protegerlos.

Es lógico que en una discusión como la que nos ocupa surgiese el problema de la moral<sup>1</sup> y el derecho, el argumento más repetido a este respecto es «que el tema del aborto es un problema de moral privada en el que no debe intervenir el derecho, la teoría se esboza por los denominados autores progresistas aduciendo que aunque el aborto es inmoral, por ser un problema de conciencia aún así debe permitirse; como dice MORÍ, esto sería así si no se plantease el problema; de la

---

(28) Se centra el autor especialmente en el tema del lenguaje como expresión de la excelencia humana: «Il linguaggio che idéntica la nazionalità umana, e' una capacità biologicamente connatiyata -g. connaturale all'uomo». A. F. TATARELLA: *Ancora inferna di diritto all a vita*, ya citado.

(29) Se aventura BOYLE en la técnica del «Thought experiment» mencionada por MORÍ.

(30) Mauricio Morí: *Il diritto alla vita*, supra, pág 183.

humanidad del feto, pero si se acepta como deben hacer los católicos, progresistas o no, que el feto es un ser humano, nos encontramos además de con un problema de conciencia, con un asunto jurídico (31).

Diversas han sido las teorías sobre la distinción de moral y derecho y no es cuestión de entrar a fondo en ellas, hemos, sí, de destacar que aquí lo que se opone es el derecho de un ser a vivir con una acción de otro que se lo impide, pretender reducir esto al ámbito de la moral privada es insostenible (32).

Dice DEL VECCHIO que en la relación jurídica, si se afirma que una determinada acción es, en este sentido objetivo, conforme al principio ético, con esto se afirma solamente que por parte de otros sujetos no puede ser realizada una acción incompatible con esta, y añade: «Lo que un sujeto puede hacer no debe ser impedido por otro sujeto» (33).

Si mantenemos que al abortar la madre atenta contra un derecho primario como es el derecho a la vida de otro ser, el feto, es obvio que debe instarse la acción del Estado y la protección de la ley.

La controversia se ha planteado en otros términos en Estados Unidos, nación donde conviven como es sabido multitud de confesiones y que es particularmente susceptible al tema de la imposición moral. Una amplia corriente mantiene que la ley sólo debe penar aquello sobre lo que hay un amplio consenso que debe de serlo, pues de lo contrario estaríamos

---

(31) Vid. Enrico PATTARO: *Redefinición del concepto de norma*, páginas 166 y sgts. de «Filosofía del Derecho. Derecho: Ciencia Jurídica», trad. cast. de J. Iturmendi Morales, ed. Reus, Madrid, 1980.

(32) Giorgio del VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 1974, novena edición española, revisada por Luis Legaz y Lacambra, basada en la 3.<sup>a</sup> edición italiana, pág. 321. P. M. S. HACKER y J. RAZ (editores): *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, 1977, Clarendon Press, Oxford. Per Olof EKELOF: «Ora ra'tt och moral», «Svensk juristtidning», 1948, págs. 275-284. Per Arvid Ingeniar HEDONIUS: *Om ratt och moral*, Tidens forlag, Stockholm, 1941 (2.<sup>a</sup> ed., Wahlstrom & Widstrand, Stockholm, y 3.<sup>a</sup> ed., 1965). Karl Hans KNUT OLIVECRONA: *Das moralische Problem der Sstrafgesetzgebung*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1957, págs. 397-411. Adalbert PODLECH: *Recht und Moral*, «Rechts-theorie», 1972.

(33) «The narrower definition is not a step towards neutrality». Joseph M. BOYLE: *That the fetus should be considered a legal person* «The American Journal of Jurisprudence». Notre Dame Law School 1979, vol. 29, pág. 63.



ante una actitud sectaria incompatible con una sociedad pluralista, Joseph M. BOYLE (34), autor americano ya citado, centra muy bien el problema argumentando que ante lo que nos encontramos es frente a una discusión sobre la amplitud del concepto de persona en sentido jurídico» y sobre todo si debemos o no incluir al feto en ella. Se enfrentan pues dos visiones, una más amplia y otra más restringida de personas, lo que mantiene BOYLE es que no existe ninguna razón para pensar que el concepto restringido sea menos sectario que el amplio, y que al excluir al feto de la protección legal podemos estar cometiendo un atentado contra la vida humana por lo que para evitar este terrible riesgo es más conveniente utilizar el sentido más extenso.

Creo, igualmente que el legislador no tiene por qué renunciar a averiguar si de hecho nos encontramos ante un ser humano vivo dentro del claustro materno, en cuanto está demostrado por la biología que el feto es un ser vivo diferenciado y por la filosofía y el análisis jurídicos que debe ser considerado una persona. Lo sectario no es penar el aborto voluntario, sirio negar la evidencia, lo mismo que la ley fue reconociendo como persona al esclavo y al negro, debe proteger al feto...

Esta posición más pintoresca sobre si se debe sancionar o no penalmente el aborto provocado es el de algunos grupos que denominamos hembrísta por correlación con machista que podríamos resumir en la frase «Aborto: las mujeres deciden, como si estuviésemos ante un problema de decisión de mujeres no presionadas o manipuladas. Desde el punto de vista jurídico la postura sería absurda, pues en, el supuesto de que se aceptase la argumentación los médicos resolverían las leyes sanitarias o los conductores las normas de. Trafico de forma que todo lo que entendemos por derecho, poder legislativo, mandato representativo, y por qué no, Estado se vendría por los suelos. Ejemplo de este radicalismo es, cómo se ha dicho, que una cámara predominante

---

(34) José María GARCÍA MARÍM:; *El aborto criminal en la legislación y la doctrina*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, pág. 241. CHAVES CHAVES: *El aborto según la historia, la razón y el derecho*, 1958. MADES: *Historie ée la represión de l'avortiment*, en «Revue de Droit Penal et de criminologie», 1947-1948. M. FENECH: *Valoración jurídica del aborto*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1934; páginas, 419 y: sgts. GRAVES : *El problema jurídico del aborto y su solución en el Código penal suizo*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penale, 1954, L Jiménez de Assua, *Libertad de amar y derecho a morir*, 1928. LÓPEZ REY: *El delito del aborto, en España y América Latina*, Boletín del Instituto de derecho comparado, U. N. A. M., México, 1964, 31 y sgts.

masculina (aunque votada por un número similar de hombres y mujeres) no puede legislar sobre este tema es impropio, pero es que, además, lo que discutimos es la extensión que la ley debe alcanzar en su protección al ser humano, la polémica está en si el feto es humano o no, y el decidir esto no es obviamente un tema femenino ni masculino, lo que las hembristas hacen es negar capacidad al varón para opinar sobre un tema capital para nuestra comunidad.

La actitud del mundo científico español o, para ser más preciso, de una gran parte del mismo, ha sido de oposición a la despenalización del aborto provocado. Ya en marzo de 1973, en las conclusiones de un coloquio celebrado en la Real Academia de Medicina, se recogían las siguientes afirmaciones (35):

«Las disquisiciones científicas y teológicas sobre el momento de la animación del embrión o feto humano, no tienen una decisiva influencia sobre la moralidad del aborto, ya que en este terreno el sumo respeto a la vida, en sí misma, o en potencia, exige que no se proceda por meras posibilidades.»

El número de asociaciones y corporaciones que se han manifestado en los últimos meses en el mismo sentido es abrumador, sirva como botón de muestra lo expresado por la Real Academia de Ciencia Morales y Políticas (36).

«En virtud de su carácter humano, el nasciturus no puede ser objeto de disposición ni siquiera por sus progenitores; nadie tiene derecho a destruirlo.»

El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, en el mismo sentido, afirma (37): «Hay una objeción fundamental que cabe oponer al aborto, a la cual ninguna de las múltiples razones que se esgrimen en su favor tiene fuerza bastante para oponerse; la interrupción voluntaria del embarazo es un atentado contra el derecho fundamental a la vida, ya que supone la muerte de un ser vivo.»

Por su parte, el Consejo General de Colegios Médicos de

---

(35) Informe al Gobierno de la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas sobre la despenalización del aborto. *El aborto a examen*, ed. Razón y Fe, Madrid, 1983, pág. 186.

(36) Editorial sobre el aborto. Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid. Boletín núm. 129-130.

(37) Declaración del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España en defensa de la vida humana en su etapa prenatal. *El aborto a examen*, ed. Razón y Fe, Madrid, 1983, págs. 170 y siguientes.

España (38): «Es, este conocimiento científico, perfectamente documentado por la ciencia, lo que nos hace afirmar unánimemente los médicos que el principio de la vida humana se sitúa en el mismo instante de la fecundación y que, por tanto cualquier acto abortivo, aun realizado en el principio de la vida fetal, constituye un gravísimo atentado a la vida.»

Es 4a Iglesia Católica la institución que en el mundo ha asumido con más diligencia y rigor la labor de defensa de la vida humana desde su concepción, esta actitud se ha visto revitalizada como respuesta a los avances del movimiento a favor de la despenalización del aborto voluntario, vamos á continuación a ver las bases esenciales de esta actitud católica.

---

## DOCTRINA DE LA IGLESIA CATÓLICA

La inequívoca actitud del Magisterio de la Iglesia católica ante el tema que nos ocupa ha sido criticada invocándose argumentos de distinta naturaleza. No han faltado quienes desde un declarado catolicismo progresista han presentado a los; textos de los obispos como tendentes a «mantener en la ignorancia a los fieles, a quienes se les oculta la auténtica enseñanza histórica del catolicismo, bastante más abierta de lo que dejan entender nuestros jerarcas», citando textos y autores con el propósito de mostrar la ausencia de una tendencia uniforme de la doctrina de la Iglesia sobre el tema, citas que en ocasiones incluso llegan a desvirtuar el texto original.

Otras líneas argumentativas también en contra se han centrado en las tesis sobre el fondo del problema, o en la pretensión de que se trata de una cuestión abierta, «una materia de reflexión común al creyente y al no creyente» (40), constituyendo las enseñanzas, de los obispos una mera opinión que debe tomarse en consideración, o en la pretensión de que la Iglesia como tal no tiene legitimidad para pronunciarse sobre estas cuestiones, y de tenerla no hay razón para que la legislación acoja sus criterios dado que un Estado no confesional no debe asumir posturas religiosas en un ordenamiento jurídico.

---

(38) Declaración de la Comisión permanente del Episcopado Español. *el aborto a examen*, etc., pág. 165.

(39) Enrique Miret Magdalena *El País*, 16 de febrero de 1983, página 1.6

(40) José María Díez Alegria, en *Gaceta Ilustrada*, núm. 1.376, de 20 de febrero de 1983, pág.<sup>5</sup> 44 Vid. Una crítica a esta actitud en José María DÍAZ MORENO: *La ley de despenalización del aborto* «Razón y Fe», núm. 1.016, marzo, pág. 280;

Conciente de todo ello el documento de la Conferencia Episcopal española sobre el aborto se inicia con una autojustificación a la expresión de esta actitud: «Hablamos, pues, ejerciendo el derecho a manifestar nuestro pensamiento, que, como personas y como grupo, nos reconoce la Constitución. Y lo hacemos, muy especialmente, en ejercicio de nuestro ministerio pastoral que quiere ser fiel a la tradición y al magisterio de la Iglesia» (41). No se olvide que, como afirmó Juan Pablo II en Salamanca: «La fidelidad a Cristo implica la fidelidad a la Iglesia, y la fidelidad a la Iglesia conlleva a su vez la fidelidad al magisterio» (42).

Por otra parte, la aconfesionalidad del estado no puede suponer, como de hecho no supone, una ignorancia del hecho religioso, actitud esencial en la personalidad humana y que en España es mayoritariamente católico.

Lo que por otra parte se acoge en el párrafo 3.º del artículo 16 de la Constitución de 1978, cuando dice: «ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones» (43); párrafo que ha sido calificado por el profesor PRIETO SANCHIS como el más conflictivo sin duda de todos los del artículo, al haber sido este pasaje «uno de los que puso en mayor peligro el consenso constitucional» (44).

No se pretende adoptar una actitud guelfa de sumisión estatal a la jerarquía eclesiástica pero sí el respeto a una creencia mayoritaria o al menos amplísima en nuestra sociedad y que además ha informado nuestra cultura durante siglos (45).

---

(41) Declaración de la Comisión permanente del Episcopado Español: *La vida y el aborto*. El texto se recoge en «Ecclesia», núm. 2.113, 12 de febrero de 1983.

(42) *Juan Pablo II en España. Texto completo de todos sus discursos*, Madrid, 1982, pág. 38.

(43) Artículo 16, párrafo 3.º de la Constitución española de 1978. Código de Leyes Políticas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 118.

(44) Luis PRIETO SANCHIS: *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: Problemas fundamentales*, en «La Constitución española de 1978, estudio sistemático», vol. colectivo dirigido con juntamente por los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Alberto PREDIERI, págs. 307-362; la cita en pág. 326. Vid. E. MIRET MAGDALENA: *Reflexiones de un católico sobre Constitución española y religión*, en «Sistema», núm. 23, marzo de 1978.

(45) Vid. en este sentido el texto de la conferencia pronunciada

Declarar, como declaran nuestros obispos, que «Vivir es el primero de los derechos humanos, raíz y condición de todos los demás. El derecho a la vida se nos muestra aún con mayor fuerza cuanto más inocente es su titular, o más indefenso se encuentra: un enfermo muy grave, un disminuido físico o mental, un hijo en el seno materno» (46) es reafirmar una actitud moral extrapolable a todos los hombres, sean o no creyentes, una postura de lo que constituye la moral tradicional en nuestra nación, moral que no ha sido sustituida aún por ninguna otra de formulación rigurosa.

Intentar apartar el derecho totalmente de toda base o relación con la moral es imposible. DEL VECCHIO habla de coherencia necesaria entre los dos sistemas de determinaciones éticas, también indica que si en un sistema una acción parece como obligatoria para un cierto sujeto, en *el* mismo orden no debe ser posible que se ponga impedimento a dicho acto por parte de los demás, concluyendo que esto se podía resumir en la máxima «cada uno tiene derecho a cumplir con su deber» (47).

Lo que se produciría en nuestra sociedad de legalizarse el aborto voluntario es que el principio «no se debe matar al inocente», fundamental, no sólo en el pensamiento cristiano, sino occidental, sería violado con el respaldo de la ley; se puede argumentar y de hecho se ha argumentado en contra, que la confrontación ética no se produce, en todas las conciencias, ni siquiera en la mayoría, por ser la ética cristiana minoritaria en España. Ahora bien, la declaración como católico de la mayoría de la población, debe tenerse en cuenta; y por otra parte, si la confrontación no se produce en muchas conciencias es porque no se plantea el problema en las mismas y no existe la posibilidad de una

---

por Monseñor Yanes, Arzobispo de Zaragoza, en el Club Siglo XXI, recogida en el diario *Informaciones* de Madrid, 25 de noviembre de 1977, o la declaración del Episcopado español sobre «los valores morales de la Constitución», publicada en el diario *Ya* de Madrid, el 27 de noviembre de 1977.

(46) *La vida y el aborto*. Declaración de la Comisión Permanente del Episcopado español, núm. 11, la cita en «Ecclesia», núm. 2.113, 12 de febrero de 1983, pág. 16.

(47) Giorgio del VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, págs. 327-328. *La Filosofia del Diritto e i suo problemi*, Milano, 1958. *Le droit, la morale et le pacte sociale chez Grotius*, «Rev. Int. des Droits de Gens», 1959, páginas 9-17. G. GONELLA: *La filosofia del diritto secondo Giorgio del Vecchio*, «Rivista de Filosofia Neoscholastica», 1931, fase. III, págs. 246-263. Luis VELA: *El Derecho Natural en Giorgio del Vecchio*, Roma, 1965.

expresión directa de su opinión por medio de un referéndum, por ejemplo.

De esta forma tenemos que coincidir con Eduardo GARCÍA MAYNEZ cuando dice que «si los preceptos del derecho son frecuentemente cumplidos por razones de orden moral, de carácter religioso o simplemente diversos del temor de las sanciones jurídicas, es evidente que su eficacia obedece en buena parte a esas razones y que las más importantes entre las últimas, son precisamente las de orden ético» (48). El riesgo de situar una legislación frente a estas actitudes éticas es gravísimo para el respeto de ese ordenamiento jurídico.

El cristianismo ha mantenido una línea inequívoca de protección a la vida del nasciturus desde los textos de los Padres de la Iglesia como LACTANCIO (muerto aproximadamente en 375), «Dios hace nacer las almas para la vida y no para la muerte», y TERTULIANO (aproximadamente 160-240), «Homo est qui futurus est» (49), propiciando su equiparación al hombre ya nacido, lo que suponía considerar al aborto como un homicidio. Ciertamente en SAN AGUSTÍN se reserva la con-

---

(48) Eduardo GARCÍA MAYNEZ: *Filosofía del Derecho*. Tercera edición revisada. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980, pág. 93. De E. García Maynez sobre el tema, vid. *El Derecho en el orden del Ser y como sector del orden social*, Revista de la Facultad de Derecho de México, T. XIX, núms. 75-76, julio-diciembre 1969, págs. 525-539. *Diferencias y relaciones entre moral y derecho*, en «Actas» del VII Congreso interamericano de Filosofía, Universidad Laval, Quebec, 1967, págs. 188-189. *El orden jurídico positivo como fenómeno del poder*, en «Jus», tomo II, núm. 8, marzo 1939, págs. 137-144. *Relaciones entre moral y derecho*, en «Memoria de El Colegio Nacional», México, Tomo VI, núm. 1, 1966, págs. 11-25, y *Validità formale y validità materiale in senso giuridico positivo e validità oggettiva o intrínseco in senso assiologico*, en RIFD, año XLI, serie 3, julio-octubre 1964, fases. 4-5.

(49) L. Cecilio FIRMIANO LACTANCIO, autor de unas *Institutiones Divinas*, compendiadas en el «Epitome divinarum institutionum». Quinto Septimio FLORENTE TERTULIANO, autor de *Apologeticum*, *De corona militis* y *De idolatría*. Vid. A. O. LOVEJOY: *Nature as norm in Tertullian*, en «Essays in the history of ideas», págs. 308-338, Baltimore, 1948, y A. BECK: *Römische Recht bei Tertullian und Cyprian*, Halle, 1930, reimpreso en Halem, 1967. Las obras de Lactancio y Tertuliano se encuentran recogidas, como es notorio, en la serie «Patrologiae latina» del monumental «Patrologiae cursus completus», realizado por J. P. Magrore (volúmenes VI y II, respectivamente). Vid. H. VON COMPENHAUSEM: / *Padri greci*, trad. italiana Brescia, 1967. G. GARILLI: *Giustizia, società e stato nel pensiero di Lattanzio*, Palermo, 1948. G. GONELLA: *La critica dell'autorità e delle leggi in Tertuliano e Lattanzio*, RIFD, 1937. E. TROELTSCH: *Das Stoischchristliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht*, en «Historische Zeitschrift», 1911. A. VERDROSS: *Primares Naturrecht und Positives Recht in der Christlichen Rechtsphilosophie*, en el vol. «Ius et Lex», Basilea, 1959. P. VITTORIO: *I concetti giuridici nelle opere di Tertuliano*, Roma, 1924.

dición de hombre para el feto animado, y de ahí la explicación que GREGORIO XIV (1535-1591) fijase fechas tope para reconocer esa cualidad de ser vivo, y este argumento ha sido reiteradamente recordado por quienes pretenden conciliar su declarado cristianismo y su defensa del aborto en determinados supuestos; pero no es menos cierto que la enseñanza de la Iglesia sobre el tema ha mantenido una continuada posición, fortalecida en la pleamar del movimiento abortista. Ya en este sentido el primer pronunciamiento eclesial sobre el aborto en la Edad Moderna (Decreto del Santo Oficio de 2 de marzo de 1679, error núm. 34) negó el que fuese lícito provocar el aborto antes de la animación del feto a fin de evitar que se dé muerte o deshonre a una muchacha al descubrirse su embarazo (50). En definitiva, si quisiéramos resumir, la actitud de la Iglesia en el siglo xx, podemos afirmar que ha consistido en considerar que existe vida, desde el momento de la concepción y que por tanto en ningún caso se puede provocar un aborto ni aun a riesgo de fallecimiento de la madre, a esta consideración se une la de moral sexual de que todo acto sexual debe ir dirigido a la procreación. Tras un estudio exhaustivo de las fuentes sobre el tema, Javier GAFO ha podido concluir «después de veinte siglos de, discusiones y matizaciones, las reflexiones de la Iglesia acaba prácticamente donde empezó. En Pío IX, Pío XII y en el Código de Derecho Canónico existe una condena indiscriminada de toda agresión contra la vida humana ya concebida, sin ninguna alusión a su edad o. al estadio de no desarrollo. Se trata del mismo planteamiento que ya encontramos en aquellos documentos: Didajé, Carta de Bernabé, etc., en los que la Iglesia afrontó por primera vez el problema del aborto».

En cuanto al feto es un ser humano, es tan hijo de Dios como cualquier hombre (fundamento, como se sabe, de la igualdad entre los hombres según el catolicismo) posee derechos anteriores a cualquier estado, por tanto una ley que los negara sería tiránica y no habría obligación de obedecerla (51).

---

(50) Javier GAFO: *El aborto y el comienzo de la vida*, cap. II, página 119, Santander, 1979.

(51) Finalmente esta condición de derechos naturales coloca en un puesto absolutamente privilegiado a los derechos fundamentales de la persona. Son, en efecto, derechos anteriores y superiores a la sociedad civil y al Estado, que no pueden jamás moralmente negarlos, abolirlos o invalidar su ejercicio, ni Violar, ni sacrificar a un pretendido bien común. Carlos Soriano, o. p., págs. 169-170. Instituto Social León XIII. Curso Doctrina Social Católica, B. A. C, Madrid, 1968.

Pío XI (1857-1939), en su Encíclica sobre el matrimonio cristiano, condena la práctica del aborto por entender que consiste en matar directamente a una persona inocente, lo que constituye un asesinato y esto es siempre absolutamente ilícito, «crimen gravísimo con el que se atenta contra la vida de la prole cuando aún está encerrada en el seno materno...», «¿qué motivo puede valer para excusar de algún modo la muerte directa del inocente?» (52).

De todos los Pontífices quizá sea Pío XII (1876-1939) quien viendo la necesidad de reforzar la convicción católica en este tema, se refiere con mayor insistencia y energía a la inmoralidad del aborto, inmoralidad que se deriva del hecho de que el feto es una persona y toda persona inocente tiene derecho a la vida. En un mensaje a la Sociedad Católica de comadronas de Italia, el Papa Pacelli afirmaba: «El niño concebido en el seno materno recibe el derecho a la vida directamente de Dios. De ahí que ningún hombre ni ninguna autoridad humana, ni ciencia, ni prescripción médica, eugénica, social, económica o moral pueda establecer u otorgar un motivo jurídico válido para una disposición directa y deliberada de la vida de un ser humano inocente, es decir, una disposición que persiga su destrucción, como fin o como medio para otro fin, a caso de suyo no ilícito. El concebido no nacido es un ser humano en la misma medida y por la misma razón que la madre» (53). Es este el centro de la argumentación de la doctrina de la Iglesia sobre el tema: la convicción del valor del derecho a la vida humana y de su protección desde el primer momento de la existencia, «en razón de que madre e hijo son igualmente personas en las que debe cumplirse el valor de la vida (o respetarse el derecho a la vida) y no atacarse directamente (54).

El propio Pío XII reitera «La vida humana inocente, en cualquier condición en que se encuentre, está sustraída desde el primer instante de su existencia a cualquier ataque

---

Ed. Católica, S. A. Vid. PALOMO GONZÁLEZ: *El aborto en San Agustín. Doctrina de San Agustín sobre la malicia del aborto y su influencia en la disciplina penitencial de la Edad Media*, 1959.

(52) Pío XI. *Casti Connubii*. Colección encíclicas y documentos pontificios (Concilio Vaticano II). Tomo I. Madrid, 1967, págs. 1622-23.

(53) Citado por John T. NO O HAN, JR.: *An Almost Absolutive Value in History*, en «The Morality of abortion». Volumen colectivo editado por él mismo, Cambridge, Massachusetts, 1970, pág. 45.

(54) J. FINNIS: *Derechos e injusticias del aborto. Réplica a Judith Thomson*, en el volumen colectivo «Filosofía del Derecho», compilado por R. M. Dworkin, traducción castellana, F. C. E., México, págs. 241 y sgts. La cita es de la pág. 265.



voluntario y directo», y posteriormente igualando el valor de la vida del feto a la del recién nacido añade: «válido tanto para la vida todavía escondida en el seno de la madre como para la que ha visto la luz fuera de ella» (55). Como se ve la diferencia entre el feto y el niño se establece sólo por el lugar donde se halla (fuera o dentro del seno materno) y en ningún modo de forma cualitativa.

En esta misma dirección la Constitución «*Gaudium et Spes*» del Concilio Vaticano II iguala el aborto a los demás crímenes contra la vida humana, incluyéndolo junto con los homicidios de cualquier clase, genocidios, eutanasia y el mismo suicidio deliberado entre los actos totalmente contrarios al honor debido al creador: «los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia o el mismo suicidio voluntario, todo lo que viola la integridad de la persona humana, como la mutilación, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción mental; todo lo que ofende la dignidad humana como las condiciones infra-humanas de vida, las detenciones arbitrarias, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas...» (56).

En el capítulo dedicado al matrimonio y la familia vuelve a considerarlo junto con el infanticidio: «la vida desde su misma concepción se ha de proteger con mucho cuidado; el aborto y el infanticidio son crímenes nefandos...» (57).

Pablo VI además de las condenas personales, encargó una declaración a la sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe que recoge gran parte de la doctrina pontificia sobre el tema de la actitud que un cristiano debe adoptar “un cristiano jamás debe conformarse a una ley inmoral en sí misma; tal es el caso de la ley que admitiera en principio la licitud del aborto” (58)

---

(55) Pío XII. Familia Humana, Colección encíclicas y documentos pontificios, Concilio Vaticano II. Ed. B. A. C. Tomo I. Madrid, 1968, páginas 1622-1623. En este sentido Juan DEL ROSAL, Manuel COBO DEL ROSAL y Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Derecho Penal Español* (parte especial). Delitos contra las personas, Madrid, 1962, pág. 321, recuerdan cómo para Pío XII el fruto de la concepción «es ya hijo de Dios, no pertenece a los padres como simple pars ventris». GONZÁLEZ SERRANO: *Sobre el delito de aborto. A propósito de unas alocuciones de Su Santidad e lPapa Boletín* del Ministerio de Justicia, Madrid, núm. 185.

(56) Constitución *GAudium et spes*. La comunidad humana, 27-29. Cinco grandes mensajes, 3 edición

(57) Constitución *Gaudium et spes* núm 51.

(58) La actitud de las diferentes conferencias episcopales está profusamente recogida en las páginas 58 y siguientes del libro del jesuita

Por supuesto que la postura de la Iglesia no se ha limitado a las expresiones condenatorias de la Santa Sede, también las distintas iglesias locales han ido dirigiendo la actitud de los católicos, en función de la extensión de las tendencias proabortistas.

Las distintas sedes episcopales españolas se han manifestado en la misma dirección con más o menos vehemencia según la personalidad del titular, la comisión permanente de la conferencia episcopal dio asimismo un comunicado que podemos considerar la postura oficial del conjunto de la Iglesia española, en la misma línea de lo anteriormente expuesto. Insiste el documento en considerar al feto como el más débil de los seres humanos y por tanto el más digno de protección. «El derecho a la vida se nos muestra aun cuanto más inocente es su titular o más indefenso se encuentra. Un enfermo muy grave, un anciano, un disminuido físico o mental, un hijo en el seno materno» (59).

Probablemente el mensaje que ha tenido más trascendencia en España fue el que en Madrid pronunció Juan Pablo II en su homilía a las familias cristianas de 2 de noviembre de 1982 y que puede ser muestra y resumen de los reiterados por la Iglesia Católica a lo largo de los siglos:

«Hablo del respeto absoluto a la vida humana, que ninguna persona o institución privada o pública, puede ignorar. Por ello, quien negara la defensa a la persona humana más inocente y débil, a la persona humana ya concebida aunque todavía no nacida, cometería una gravísima violación del orden moral. Nunca se puede legitimar la muerte de un inocente. Se minaría el mismo fundamento de la sociedad...» «Qué sentido tendría hablar de la dignidad del hombre, de sus derechos fundamentales, si no se protege a un inocente

---

Javier GAFO: *El aborto ante la conciencia y la ley*, ed. PPC. Madrid, 1982. Estima este autor alguna de las líneas maestras comunes a las diferentes declaraciones como son:

— Hay una clara y unánime declaración de que la vida es inviolable desde el momento de la concepción.

— La afirmación de este derecho se basa en las aportaciones de la ciencia sobre el significado humano de zigoto.

— El tema de la recepción del alma racional durante el desarrollo embrionario que tanto preocupó a la tradición de la Iglesia queda relegado a un plano muy secundario...

— Bastantes documentos insisten en que el problema del aborto no debe ser afrontado aisladamente, sino enmarcado en su contexto social.

(59) Declaración de la Comisión Permanente del Episcopado español. *El aborto a examen*. Editorial Razón y Fe, Madrid, 1983, págs. 165 y siguientes.

ó se lleva incluso a facilitar los medios o servicios, privados o públicos, para destruir vidas humanas indefensas» (60).

### *Evolución en el Derecho positivo*

Con la excepción de lo que Quintano RIPOLLÉS llamaba «descontados remotos antecedentes bárbaros», nuestra civilización, a lo largo de su historia, ha considerado al aborto cómo un atentado «contra la suprema autoridad del pater familia», en Roma, o contra «el fruto de la concepción, cristiano en potencia» en el Medievo, o contra el «nasciturus» y la salud de la madre en la época codificadora), penándolo severamente.

Puede decirse, sin incurrir con ello en generalización, que la mayor parte de las culturas, y por supuesto la cultura occidental, han considerado a lo largo de la historia al aborto provocado como un crimen, condenando su práctica. Esta uniformidad se quiebra a partir de la Primera Guerra Mundial, cuando comienzan a legalizarse las prácticas abortivas en la Unión Soviética y se abrieron debates en distintos parlamentos sobre, al libertad de abortar (61). En España la terminación del embarazo mediante la destrucción del feto ha venido siendo considerada tradicionalmente como delito, sin que pueda invocarse precedente normativo en contra.

La, piedra angular; de la represión de las prácticas abortivas en nuestra nación se encuentra sin, lugar a dudas en las Siete Partidas. En este sentido la Ley VIII, Título VIII, de la Partida VII, castiga como homicida a la mujer que voluntariamente abortase si la criatura estuviera viva, según la teoría medieval de la animación. Se castiga igualmente al que por fuerza obligase a una mujer a abortar. En el caso de que no estuviera viva la criatura, es decir, de que no estuviera animada, la pena será de cinco años de destierro (62).

---

(60) Juan Pablo II. Homilía en la misa para las familias cristianas (Madrid, 2 de noviembre de 1982). *Juan Pablo 77 en España*, Ediciones Paulinas ; Madrid, 1982, pág. 34.

[51] Acerca de la discusión en la República Federal Austriaca tras la Gran Guerra, y de cómo la misma causó el que la persecución sólo alcanzó en el período de debate a los casos más notorios, disminuyendo el celo de la policía sobre el tema, vid.: Ernesto SEELING: *Tratado de Criminología* traducción castellana de José María Rodríguez Devesa de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana (Lerhbuch der Criminologie, 1951), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 258.

(62) Los Códigos españoles comentados y anotados. Tomo IV. Tomo III. Madrid, 1848. Vid. Eugenio CUELLO CALÓN; *Tres temas penales*, Barcelona, 1955, págs. 7-118: Desde un punto de vista jurídico-penal, vid Von Lisz: *Die Kriminelle Fruchtabtreibung*, Leipzig, 1910. E. Cue-

Muy interesante es la protección recogida en la Ley III del Título XXIII de la Partida IV; allí se dice que todo lo que se diga o haga en favor de la criatura que se encuentra en el seno materno la beneficiará, por el contrario no la afectará lo que la perjudique (63). Los fueros municipales de la España Medieval acogieron con frecuencia criterios rigurosos contra quien realizara prácticas abortivas, equiparando las penas previstas en estos casos a la que contemplaban para crímenes heréticos.

La codificación mantuvo la penalización del aborto voluntario acabando con la diferencia entre feto animado e inanimado, ya superada en el siglo pasado.

El Código Penal de 19 de marzo de 1848 (64) penaba este delito en sus artículos 328 a 331, incluyendo atenuantes para cuando el aborto con violencia no se causaba a propósito o para la mujer que abortase para ocultar su deshonor.

El Código de 1870 (65), aún cuando nació como ley provisional, fue el cuerpo legal que más tiempo estuvo en vigor, desde 1822, e incluyó en su artículo 428 penas para los farmacéuticos que sin prescripción facultativa facilitasen abortivos.

Igualmente el Código de la Dictadura de Primo de Rivera (R. O. de 8 de septiembre de 1928) y la reforma de 1870 que promulgó en 1932 la Segunda República mantuvieron la penalización del aborto, equiparando el primero en su artículo 525 aborto y destrucción del feto. Acentuándose la defensa de la vida en la Ley especial de 24 de enero de 1941, el texto refundido de 1944 y el Código de 1963, que anticiparon la protección, castigando cualquier interrupción del

---

LLO CALÓN: *Cuestiones penales relativas al aborto*, Barcelona, 1931, y *En torno al grave problema del aborto criminal*, Rev. Fac. Derecho Madrid, 1940. DÍAZ PALOS: *Aborto*, N. Enciclopedia Jurídica Seix, tomo II.

(63) Demientra que estoviesse la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprovechase ende, bein assi como si fuese nacida; más lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, no le empesce. Cuarta partida. Título XXIII, Ley III. Los códigos españoles. Tomo III, Tomo II, Ed. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848.

(64) Código 1848. De la Imprenta Nacional. Madrid, 1848. Libro II. Título IX. Capítulo III.

(65) Código Penal reformado. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870. Libro II. Título VIII. Capítulo VI. Vid. JIMÉNEZ ASENJO: *El anticonceptismo ante la moral y la ley penal*, 1943. GARCÍA PRIETO: *El aborto, ¿es un crimen?*, Madrid, 1933. P. PUJOLLA: *¿Es lícito el aborto?*, Barcelona, 1931. M. VIEITES: *El aborto*, Madrid, 1933.

proceso de gestación, «incluso la realizada en un primer momento cuando no puede hablarse de feto y sólo existe aún un simple coágulo embrional» (Juan del Rosal). Si bien el rigor de la Ley de protección de la natalidad de 1941 al ser incorporado al Código Penal se atenuó notoriamente..

Cuando se abordó la redacción de la Constitución Española de 1978 parecía que iba a eludirse cualquier referencia al tema, para no perjudicar el consenso, ya que se trataba de una cuestión controvertida, pero, sin embargo, lo candente del problema en España, las discusiones que sobre el mismo venían suscitándose en varios países y el deseo de reforzar la protección de la vida, en el sentido de que alcance al aún no nacido, hicieron que finalmente se propusiese una enmienda de Alianza Popular al texto originariamente redactado por la ponencia del artículo 15, con el propósito de constitucionalizar la prohibición de cualquier reforma penal que supusiera despenalizar el delito de aborto. La enmienda consistía en volver al texto del anteproyecto de Constitución de 5 de enero de 1978, en el que se decía: «todos tienen derecho a la vida», en vez «las personas tienen derecho a la vida» (66).

Posteriormente se ha discutido mucho si este «todos» que finalmente fue adoptado, protege o no la vida del feto y es, como parece, un obstáculo insuperable para la legalización del aborto.

Si en algo sirve la voluntad del legislador como criterio interpretativo de la norma no cabe; duda de que este «todos» incluye al no nacido y para verlo basta remitirse a la defensa de la enmienda y a las tornas de postura y explicaciones de voto de cada grupo. En todo caso no hay duda de que, la mayoría que prestó su apoyo a esta enmienda así lo entendía entonces dejando constancia pública de ello. En este sentido el propio diputado de Alianza Popular señor Mendizábal Uriarte, que defendió la enmienda ante el Pleno del Congreso, dejó bien claro que su objeto era constitucionalizar la defensa del no nacido, pues «defiende la tesis fundamental del derecho a la vida» (67). Explicando además en su intervención las razones del cambio de término: «si admitiéramos defi-

---

(66) Boletín Oficial de las Cortes, 1 de julio de 1978, núm. 124.

(67) Sesión Plenaria num 34. Celebrada el jueves 6 de julio de 1978, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, num 105 Constitución española. Trabajos parlamentarios, vol II Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, pag 2024 y sgts, Vid García Vitoria: El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales, 1981.

nitivamente este concepto de persona (el del art. 29), se comprende que toda la trayectoria anterior del hombre, desde el momento de la concepción hasta cumplidas esas veinticuatro primeras horas, quedaría en pleno desamparo».

La oposición a la propuesta vino por parte del grupo socialista y se centró en intentar demostrar que se aceptase o no esta enmienda, el aborto podría llegar a despenalizarse en el futuro, sin necesidad de reformar el artículo 15 de la Constitución, a pesar de lo cual se opuso con vehemencia a su aprobación, lo que hace pensar que temía la interpretación que en caso de futura polémica diera el Tribunal Constitucional (68).

El grupo mayoritario entonces en la Cámara, el de UCD, pensaba al contrario que el socialista, que ambos términos impedían el aborto, pero «y que para evitar dudas y para generar tranquilidades aceptaremos la redacción del texto de 5 de enero, es decir, del artículo que empieza con la palabra todos» (69).

Cuando el nuevo texto quedó aprobado los antiabortistas quedaron satisfechos, convencidos de que esta práctica no podría tener cabida en el sistema jurídico español, así Fraga Iribarne, en la explicación del voto, dijo: «...porque el día que la fuente principal del ordenamiento español, la Constitución, sea interpretada, constará en acta todo lo que hemos dicho y lo que hemos votado aquí».

No todo el mundo estuvo de acuerdo con esta visión y el grupo socialista en la propia explicación de voto hizo saber bien a las claras que no se resignaba, indicando en este sentido su portavoz, Peces-Barba Martínez (70), que todo se

---

(68) La postura de este grupo fue defendida por el diputado y profesor Zapatero Gómez, quien entre otras cosas dijo: «Por consiguiente, y ya para terminar, insisto en que manteniendo el término "persona" que nos parece más correcto, en absoluto se legaliza el aborto, ni todo lo contrario.» Vid. Miguel ZARAGOZA: *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución*, Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1.209, 1980.

(69) Esta propuesta fue defendida en la misma sesión por el entonces diputado de UCD y catedrático de Derecho Administrativo Meilan Gil.

(70) En su intervención ante el Pleno del Congreso de los Diputados Peces-Barba manifestó: «Ya dijo con anterioridad mi compañero Virgilio Zapatero que para nosotros los cambios no tienen la trascendencia que aquí se les ha dado. Nosotros entendemos que el término "persona" era un término correcto, pero hemos votado por el mantenimiento del texto y frente a la introducción de la terminología "todos", porque

resolvería según las distintas relaciones de fuerza en las Cámaras y en el Tribunal Constitucional. Es de destacar que, de hacerse extensivo este criterio de interpretación constitucional al conjunto del texto, ello supondría sin duda que no queda nada constitucionalizado y que por tanto la seguridad jurídica es nula. Tampoco los comunistas aceptaron el que la Constitución resolvía expresamente el problema de la prohibición penal del aborto, bastará recordar en este sentido los argumentos de Luis Arroyo Zapatero (71), según los cuales en base a que la vida humana en formación no tiene un valor igual a la vida de los nacidos, no puede sostenerse que el artículo 15 de la Constitución atribuya el mismo derecho y con igual alcance a sujetos desiguales.

Si el Tribunal Constitucional negara la evidencia de que la voluntad del legislador constitucional era que no pudiera haber aborto legalizado en España, indicaría que las vías de reforma de este texto legal son distintas a las que él mismo recoge, reformándose la Constitución realmente en las vota-

---

se ha introducido de contrabando un debate, que es el debate sobre el aborto, que no queda resuelto, y desengañense sus señorías: todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación, y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, "todos" permite una ley de aborto, y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista\* la, persona impide una ley de aborto. Por eso nosotros eátamtís en cónlra de tós fraudes intelectuales y científicos. Nosotros estamos en cblitiia<sup>1</sup> del juego de palabras». Gregorio PECES-BARBA y Luis PRIETO SANCHIS: *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política* Hernando Torres editor, S. A. Valencia, 1981, página 302. Diario de sesiones del. Congreso de los Diputados, núm. 105, 1978. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, ed. preparada por F. Sainz Moreno, Cortes Generales, vol II, págs. 2038-2039. Un extenso comentario sobre el debate acerca del aborto durante la elaboración de la Constitución de 1978 en el trabajo *¿Es inconstitucional la despenalización del aborto?*, de Fernando SUAREZ SEGUNDO, publicado en <Razón y Fé>, en el volumen colectivo *El aborto a examen*, ya citado anteriormente. Vid. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO: *Protección constitucional de la vida*, en repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal Seminario de Derecho Penal en memoria del Prof. Julián Peña, S. J., Universidad de Deusto, 1982, págs. 115 a 138. Acerca de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, vid.: *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali (USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca)*, en «Quaderni della Giurisprudenza Costituzionale», nueva serie dirigida por Leopoldo Elia, edit. Giuffrè, Milano, 1976.

(71) En el seminario sobre «Anticoncepción y aborto» desarrollado en la «Fundación de Investigaciones Marxistas» y publicado con el título *El aborto. Un tema para debate*, la cita en la página 115; VIB HUERTA TOLCIDO: *Criterios para la reforma del delito de aborto*, «Cuadernos de política criminal», núm. 9, 1979. CEREZO MIR: *La regulación del aborto en el nuevo proyecto del Código Penal*, «Anuario de Derecho Penal», 1982.

ciones para elegir magistrados del alto tribunal. Con muy buen criterio el profesor García Cantero ha destacado cómo el artículo 15 de nuestra Ley fundamental establece por primera vez en nuestra historia el derecho a la vida en unos términos sumamente amplios: «la expresión utilizada ha querido evitar las discusiones que hubiera planteado el ser el sujeto de la oración la persona o el individuo. Resulta que nuestra Constitución protege a la vida humana en toda su amplitud (en cualesquiera situaciones subjetivas u objetivas en que se encuentre); el aborto y la eutanasia están rigurosamente prohibidos por el artículo 15 (72).

De lo expuesto se deduce que el aborto no tiene cabida en nuestra legislación, ahora bien, se pretende que aunque sea un acto execrable podía haber un número reducido de casos en los que sí debería admitirse siguiendo una doctrina del mal menor. Las siguientes páginas las dedicaremos a uno de estos casos, la denominada indicación eugenésica.

## II PARTE: LA LLAMADA INDICACIÓN EUGENÉSICA

### *Aspectos generales*

Parece que el criterio que guía el proyecto de reforma de nuestro Código Penal es considerar el aborto como un acto punible con determinadas excepciones.

Una de las excepciones que se invocan es la del feto con graves taras físicas y mentales. Vamos a intentar dilucidar los argumentos que se han invocado para recoger esta excepción justificadora del aborto, con el propósito de determinar cuál es el objetivo del legislador, o en base a qué criterios se estima como socialmente justificable el aborto eugenésico (73). En la mayor parte de las ocasiones los argumentos que ahora se usan para justificar el aborto eugenésico suelen presentarse como basados en razones humanitarias. Su objeto, en este caso, sería evitar sufrimientos al «nasciturus», librarle de una vida llena de problemas aún cuando sea renunciando a una curación que se estima imposible o problemática y optando por su eliminación física.

---

(72) Gabriel GARCÍA CANTERO: *El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto)*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», páginas 597-664 del núm. 6 del año 1983.

(73) Gerardo LANDROVE: *Política criminal del aborto*, Barcelona, Bosch, 1976. *Voluntaria interrupción del embarazo y derecho penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 10, 1980, págs. 75 y sgts. (tam bién en *Derecho y Proceso*, Murcia, 1980). *Un proyecto regresivo en tema de aborto*, en «La Reforma Penal y Penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980.



AQUÍ se presenta a mi entender un arduo problema valorativo, porque no parece razonable pretender que tengamos criterios contrastados para determinar si es más infeliz el ser con taras que el normal. Y ello fundamentalmente por dos razones: la dificultad de establecer un criterio acerca de que sea la felicidad de un lado, y la imposibilidad de apreciar inequívocamente si determinada persona es o no feliz.

Para llegar a esta conclusión tendríamos que partir de un acuerdo, sobre lo que es la felicidad, definición que por su dificultad no creo que pretenda realizar nuestro legislador. NO sabemos exactamente, que es ser feliz, y más bien podernos observar cómo infelicidad es un fenómeno contradictorio. El sabio no necesariamente es más feliz que el imbécil, vemos a muchos pobres más satisfechos que muchos ricos, él bajito y feo quita pueda contemplar el mundo con más optimismo que el alto y guapo. Cuantos sordos, mudos; ciegos, mancos, etc., conocemos que se desenvuelven muy bien con su situación y llevan lo que convencionalmente se considera una vida feliz.

Es curioso que mientras todavía está mal considerada la eliminación de un ser humano que sufre y cuya propia muerte solicita; se admita con menos resistencia la eliminación de un ser del que nadie puede garantizar que está sufriendo, y de quien <sup>110</sup> puede constarnos cual sea su voluntad.

Pero basta un estudio elemental de las argumentaciones que han venido invocando en este siglo y sus orígenes los movimientos abortistas, para comprender cómo el objetivo: despenalizar el aborto, ha sido defendido en base a argumentos muy distintos, primando en los cambios de argumentación razones de: oportunidad. Así por ejemplo, si tomamos en consideración las posturas a favor del aborto eugenésico, la que aparece en el origen del movimiento norteamericano en favor de la despenalización del aborto provocado, y la legislación de la Alemania nacional-socialista en materia de aborto (Ley de 26 de junio de 1935, que simultáneamente extremaba el rigor para los abortos de móvil individual y permitía, promocionándolos, los que respondían a razones eugenésico-raciales;), vemos cómo se basaban en unas argumentaciones que hoy serían claramente inaceptables.

Previamente debo o indicar que a mi entender no existe la menor diferencia entre, eugenesia y eutanasia (74). Al

---

(74) Nicolás N. Kittrie: *Das Rect. Auf laben und das Rect. Auf sterben: probleme der Entsscheidungsfindung en Suizid und Euthanasie als human und socialwissenschaftliches problem*, Stuttgart, ed Enke, 1976, pags 385 y sgts.

hablar del feto estamos hablando de un ser vivo, del que creemos haber demostrado que es una persona humana desde el momento de la concepción, por lo que cuando se le elimina nos encontramos ante la supresión de un ser humano, por todo esto, la diferencia entre la denominada eugenesia y la eutanasia será tal vez temporal, por el distinto momento de la vida humana en que se realiza, pero en ningún caso conceptual.

En el brillante estudio ya citada de Germain G. GRISSEZ, se nos muestra documentalmente cómo el movimiento norteamericano a favor del aborto estaba en su fase originaria (anterior a la Segunda Guerra Mundial) unido al movimiento eugenésico (75).

Algunos de los argumentos utilizados en aquella época serían impresentables hoy día tras la trágica experiencia que la creencia en superioridades raciales ha dejado en el mundo, lo que ha aconsejado su omisión, pero aunque la argumentación se haya pulido, suavizado o disfrazado, el objetivo sigue siendo el mismo: la eliminación de los tarados previamente a su nacimiento. Vamos a recoger algunas de las «perlas» que GRISSEZ destaca en su libro.

Así en la página 97. «Cuando se ha privado a los tarados del poder reproductor, el próximo paso a seguir es enseñar a la clase que está por encima de ellos a practicar el control de la natalidad sin excepción de ninguna clase. El simple obrero desempeña un papel importante en el mundo industrial, carece de inteligencia, de autocontrol y de poder para limitar el número de hijos» (76).

Estas afirmaciones se recogen en un estudio que lleva por título «El derecho de nacer bien».

Margaret SARGES, importante apóstol del movimiento por

---

(75) Charles P. BLACKER: *Eugenesis Gálton and after*, Londres, Duckworth, 1952. Peter B. MEDAWAR: *The future of man*, New York, Basic Books, 1960. Frederick H. OSBORN: *Preface to eugenics*, Harper, New York, 1951. *Eugenics and the races of man*, en «Eugenics Quarterly», 10. 1963, págs. 103 y sgts. Harry L. SHAPIRO: *Eugenics and future*, Solacto, 1959.

(76) Germain G. GRISSEZ: *El aborto: mitos, realidades y argumentos*. Ed. Sigüeme, Salamanca, 1972, pág. 97. Vid. CANNAT: *Les abortueuses*, en «Revue de science criminelle et de Droit Penal Comparé», 1950. MIR PUIG: *Aborto, estado de necesidad y Constitución*, en «Revista jurídica de Cataluña», 1982. C. ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal Alemana*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1980. GOSSEL: *La reforma del derecho al aborto en Alemania*, «Cuadernos de Política Criminal», núm. 4.

el control de la natalidad, afirmaba, refiriéndose al grupo de los enfermos, débiles mentales y pobres: «No hay duda en la mente de todos los que piensan que debería pararse la procreación de este grupo. Porque si no son capaces de mantenerse por si mismos, ¿no debería estarles permitido traer hijos a este mundo» (77).

La misma autora, en una charla en el Vaser College en 1926, dijo entre otras cosas: «El problema de la mejoría de la raza nos preocupa muy de cerca... Pero mientras cerramos nuestras fronteras a los allí llamados indeseables de otros países; no tomamos ninguna medida para cortar la rápida multiplicación de los indeseables que están en nuestra patria.»

Ya hemos dicho cómo posteriormente a la Segunda Guerra Mundial y a la comprobación de las trágicas consecuencias de la aprobación masiva de la eugenesia y eutanasia en el Tercer Reich, el movimiento olvidó estos argumentos. De su análisis se deduce que la verdadera razón para la eugenesia es el bien social y la mejora de la raza humana, no se tienen en cuenta consideraciones sobre la desgracia del tarado que va a nacer y su insufrible vida en nuestro planeta esto es un artificio que vendrá mucho después, de momento nos encontramos ante el crudo sacrificio de la vida del nasciturus en aras del progreso material, social o racial.

Se dice a favor de la despenalización del aborto que nos acerca al resto de Europa, no se nos indica, sin embargo, que dos de las primeras naciones que lo legalizaron fueron la Unión Soviética y el Tercer Reich, lo que a mi parecer no es una recomendación muy aceptable. La legalización del aborto voluntario en la URSS (78) sigue una dinámica distinta, pero en la Alemania nazi la principal indicación fue eugenésica.

---

(77) Página 98 del mismo libro.

(78) Acerca de la situación actual de la práctica del aborto en la Unión soviética, donde pese a la liberalización del aborto voluntario han surgido numerosos casos de abortos ilegales para sustraerse a la burocratización y el papeleo que se precisa vid Mikhail Stern y August Stern: *la vie sexuelle en URSS*, Paris, ed Albin Michael, 1979, pag 167. \

No dudo que la admisión del aborto eugenésico en un estado basado en la pureza racial, deseo de mejora de la misma y que supedita los derechos del individuo a la voluntad del Estado, no puede sorprendernos, lo que es ilógico es que ese mismo propósito se abrigue en una sociedad basada en principios opuestos.

El aborto eugenésico es una práctica totalitaria inadmisibles en una sociedad humanista, a este respecto es francamente brillante el epílogo del libro de Niceto BLÁZQUEZ, *El aborto, no matarás*. «Y si el aborto eugenésico fuera lícito, mucho más lo sería la eliminación de todos los minusválidos. Cuando se admite un principio hay que ser también coherente con sus consecuencias, lo contrario denota falta de honestidad moral» (79).

### *La verdadera razón del aborto eugenésico*

Creo que está claro que el argumento sentimental en favor de la eugenesia es falso, por el contrario la cruda realidad es que el egoísmo social es el que se impone sobre consideraciones realmente humanitarias.

Cuando se aprueba la eugenesia no se piensa en el feto con taras, sino en el efecto que va a producir su nacimiento en la familia, se piensa antes en la madre que va a tener un hijo con taras que en el niño subnormal. Esto a mi entender es incontrovertible y constituye uno de los fenómenos más curiosos de nuestro siglo.

El infanticidio fue aprobado en Grecia respecto a los que no eran socialmente útiles, del mismo modo se elimina al feto por este motivo. El único argumento que todavía no han utilizado los abortistas es lo que cuesta al contribuyente el mantenimiento de un atrasado. Pero la evolución lógica de la argumentación antiabortista acabará por atribuir esta razón.

Si en algo se distinguen las sociedades más evolucionadas de las más primitivas es en la protección del débil, nuestra sociedad que gasta recursos enormes en la protección de animales salvajes, que debido a la competencia con los humanos no pueden sobrevivir, buscan un medio que no violento de-

---

(79) NIETO BLÁZQUEZ: *El aborto*, Ed. BAC popular. Madrid, 1977, página 213. Marciano VIDAL: *Moral de actitudes*, II. *Ética de la persona*, Madrid, s. d., PS, 1977, págs. 237 y sgts. P. SPORKEN: *Medicina y ética en discusión. Los grandes problemas de la ética médica*, trad. castellana de Julián Aguirre, Estella, edit. Verbo Divino, 1974.

masiado su conciencia para librarse de los débiles de su especie.

Sería entonces lógico que fueran los padres afectados por el problema los que propusieran la eugenesia, debían de ser ellos los que con más insistencia reclamasen este supuesto derecho a matar; la realidad demuestra exactamente lo contrario.

El profesor Jerome Lejeune cuenta cómo en el centro Kennedy de Washington se discutió en público la conveniencia o no de matar a un Síndrome de Down que padecía atrofia de duodeno. En el curso de la discusión, en que personas muy doctas opinaban a favor y en contra de la decisión (tomada en el hospital John Hopins de Baltimore), se levantó la madre de un Down (trisómico 21), que: «Sabía de qué hablaba y no embelleció la verdad. Ha dicho cuan duro, doloroso, dramático, era tener un hijo retrasado, pero a pesar de todo y en todos los casos, era absolutamente preciso hacer todo lo posible por salvarlos» (80).

En un artículo que sobre el tema publicó Jesús Flores, catedrático de Farmacología, en un diario madrileño, su autor, padre de una niña con el síndrome de Down, recoge la declaración de una niña norteamericana ante el Senado de Wisconsin; literalmente dice:

Tengo veintiún años. Nací con el síndrome de Down, esto significa que tengo una deficiencia... Hay muchas cosas que puedo hacer; Puedo leer, puedo tener amigos, puedo coger sola el autobús para ir a trabajar. Se distinguir lo que está bien está mal. Puedo pensar. Mi vida vale la pena. Estoy encantada de que mi madre no me haya eliminado» (81).

La llamada eugenesia no es una petición de los afectados sino un «regalo» que determinados espíritus «humanitarios» pretenden hacerles, incapaces quizá de reconocer la generosidad de éstos por sus hijos. Es lógico que en una época plenamente hedonista no se entiendan estas cosas, por otra parte mucha gente se subestima; algunas de las

---

(80) *Dejadlos vivir*, Riálp, Madrid, 1980.

(81) Jesús VtóWBZ'. *Abortar a un mongólico*. Diario ABC, 18 de marzo de 1983. Muy distinta es la posición de Priscilla Cohn, quien, a propósito del análisis de la intervención quirúrgica de niños con el síndrome de Down se pronuncia a favor de que la opción de una cierta cualidad de la vida prive sabré la vida misma. Vid. José FERRATER MORA y Priscilla COHN: *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982.

que abortan a sus hijos con taras, si llegasen a conocerlos serían incapaces de hacerlo.

Otro problema es la falta de concreción de esta indicación. Porque es muy difícil ver lo que es una tara grave y lo que no lo es, por otra parte la ciencia superará constantemente la ley. La progresión de la medicina hará que enfermedades hasta ayer incurables se puedan curar mañana, con lo que el criterio valorativo tendrá que ser modificado constantemente, y nos veremos en el riesgo de liquidar fetos que en poco tiempo tendrían la oportunidad de ser curados de su defecto.

Hay una serie de taras que constituyen los llamados «monstruos», frente a los que siempre se ha mantenido una actitud de repugnancia, creyéndose en la antigüedad que procedían de la relación con animales subhumanos. La mayoría de los denominados monstruos son eliminados por la propia naturaleza, los acéfalos son un claro ejemplo de esto, mueren sin remedio al poco de nacer (82).

Se puede decir que entonces sería mejor abortar, pero teniendo en cuenta las dificultades del diagnóstico y que un aborto provocado es casi siempre más peligroso que un parto, es más lógico y humano esperar a la eliminación natural.

Paul Chauchard define que es falso que se puedan prever las anormalidades o taras, esto sólo ocurre con las anormalidades genéticas y algunas enfermedades (83). En algunas de la importancia del mongolismo, no es posible hacerlo hasta muy tarde y aún así no se puede predecir el grado de retraso mental.

Es obvio que un anormal no es un monstruo, es sencillamente un ser con taras, pero tan humano como cualquier otro.

### *Las grandes epidemias*

El aborto eugenésico tiene momentos de popularidad que coinciden con grandes desastres. Cuando esto sucede se hacen mil y una suposiciones sobre las taras que van a padecer los niños ya engendrados y no nacidos y se manejan previsiones incontrovertibles sobre la catástrofe genética que se avecina. Vamos a ver luego en lo que queda todo esto.

---

(82) Paul CHAUCHARD: *Dejadlos vivir*. Rialp, Madrid, 1980, pág. 51.

(83) «No es posible más que en casos de anomalía hereditarios o de algunas enfermedades» (rubéola, toxoplasmosis). *Dejadlos vivir*, Rialp, Madrid, 1980, pág. 51.

Cuando la madre contrae el sarampión durante los primeros meses del embarazo, los efectos sobre el feto pueden ser graves. La mayor parte de los abortos terapéuticos realizados en Nueva York en 1960 fueron por este motivo. Es muy difícil precisar el número de fetos que van a tener deficiencias; en New York un 32 por 100 de los fetos abortados por este motivo eran perfectamente normales y otro elevado tanto por ciento tenían pequeñas deficiencias. Aun cuando nos parece evidente que incluso en el supuesto de que la totalidad hubiesen sido anormales, esto no hubiera justificado el aborto, lo que sucede es que además como se ve, el margen de error es amplísimo (84).

Tras la tragedia de Seveso, en Italia, que como se sabe fue debida a la contaminación atmosférica por una fuga en una fábrica de herbicidas, los abortistas consiguieron que el Ministerio de Sanidad ayudase a abortar a las embarazadas afectadas, como es natural, la Iglesia se opuso, la mayoría de los fetos extraídos no tenían malformaciones debidas al gas (85).

En España el caso más reciente fue el del envenenamiento por aceite tóxico, todos recordamos los terribles augurios que se formularon sobre el tema; pues bien, de 679 niños nacidos de madres afectadas por el síndrome tóxico, sólo ha habido ocho casos de malformaciones y, además, ha podido establecerse que las mismas no tienen relación con la enfermedad.

### *Impacto, en la, legislación*

De todo lo hasta ahora expuesto, se debe deducir que si la legalización del aborto voluntario no tiene justificación, mucho menos la encuentra por razones eugenésicas. Pero aun más, creo que es obvio que la legalización del aborto eugenésico es incompatible con la estructura general de nuestro sistema jurídico, y dañaría gravemente sus principios básicos. Sería una revolución sin precedentes o más bien un salto hacia atrás de casi dos mil años.

Con la legalización del aborto eugenésico, se crea una distinción radical en los derechos de un ser humano por su debilidad o anormalidad, esa debilidad es la única diferencia entre el feto normal que tiene derecho a la vida y el feto

---

(84) Germaín G. GRISSEZ: *El aborto: mitos, realidades y argumentos*. Ed. Sigüeme, Salamanca, 1972.

(85) Niceto BLÁZQUEZ: *El aborto*, págs. 212-213.

(86) Diario ABC, 18 de marzo de 1983.

anormal que sólo lo tiene si su madre graciosamente se lo otorga. No existen en nuestra legislación precedentes de algo como esto, choca además con el espíritu de los tiempos, que tiende a garantizar la igualdad de los individuos ante la ley, cualquiera que sea su origen, raza o sexo. Desde luego esta legalización choca asimismo contra la Constitución.

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, dice el artículo 15 de la Constitución, ya sabemos cómo los preabortistas defienden que esta protección no se extiende al feto a pesar de que la voluntad del legislador estaba sumamente clara al respecto, y reputados intérpretes de la Constitución como Lucas Verdú, mantienen la interpretación más amplia (87).

Pero aunque lo nieguen parece que implícitamente aceptan la interpretación extensiva, pues mantienen el castigo del aborto, y ¿en virtud de qué pueden hacerlo si no es desde el punto de vista de la defensa del derecho a la vida del feto?

Cuando a este «todos» se le ponen excepciones basadas en defectos físicos y mentales, no sólo se ataca el artículo 15 de la Constitución sino de una forma radical el artículo 14, pues la anormalidad física o mental es una circunstancia personal que opera imponiendo una discriminación radical, como es la de ser privado del derecho a nacer.

Dice el artículo 20 del Código Civil que «el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para los efectos que le sean favorables...». Por lo tanto el beneficio de la igualdad que otorga el artículo 14 de la Constitución, debe ser garantizado como favorable al concebido anormal, y la legalización del aborto eugenésico crearía una desigualdad insufrible ante la ley y un peligroso precedente.

En el capítulo 3.º del título 1.º de la Constitución encontramos entre los principios rectores de la política social y económica el artículo 49, que por su importancia transcribimos íntegramente:

---

(87) «El cambio es significativo porque la expresión todos abarca a todas las formas vitales humanas, de manera que puede invocarse para proteger el embrión humano.» Constitución Española. Edición comentada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979, pág. 52. Francisco Fernández Segado parece opinar en el trabajo ya citado, que la Constitución ha errado al incluir en este tema el término todos aunque la intención del legislador sea manifiestamente anti-abortista.



«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieren y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.»

Como bien indica el profesor Lucas Verdú, se trata de una especificación del artículo 14 de la Constitución. A no ser que se entendiera que la supresión del feto es una prevención a la tara, lo que sería algo así como cortar la cabeza para curar una cefalalgia, el choque entre este principio y el aborto es, indiscutible; porque es claro que utilizar una circunstancia para exigir una mayor protección en la Constitución y utilizarla en el Código Penal, para determinar una posible supresión del feto es inconcebible (88).

Mucho más cuando lo que se busca con esto es evitar traumas, a la madre y problemas de todo tipo a la familia, parece como si la sociedad, asustada de una obligación que se impone a sí misma, como es la del artículo 49, incapaz de cumplirla o, desengañada de acometerla, decidiese suprimir el problema por la vía rápida.

Según el testimonio de Plutarco de Queronea sobre las instituciones y la vida en Esparta, se tenía la convicción de que «A un parto no dispuesto para tener un cuerpo bien formado y sano, por su, propio bien y. el de la sociedad, más le valia ser suprimido, que él vivir» (89).

El estado espartano que decidió la suerte del recién nacido en virtud de sus convicciones, no contando con medios para el diagnóstico precoz esperaba al nacimiento; los contemporáneos más sofisticados, deciden sobre la normalidad o

(88) «El reconocimiento de la dignidad de la persona, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y de la igualdad ante la ley (artículo 19) se concreta especialmente en este artículo respecto a estos grupos de españoles, para que como muy bien dice disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.» Constitución Española. Edición comentada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979, pág. 127, mismo libro.

(89) NIETO BLÁZQUEZ. O. C, pág. 124. Vid. D. A. WITTENBACH: *Lexicón Plutarcheum*, 2 volúmenes, 1830 (reimp. 1963). R. HIRZEL: *Plutarch*, Leipzig, 1912. K. ZIEGLER: *Plutarco*, trad. italiana, Brescia, 1965. *Sparta*, cap. V, de A. JARDE: *La formación del pueblo griego*. H. LUDEMAN *SPARTA lebensordnung und schicksal*, Leipzig-Berlín, 1939, págs. y sgts. E. CARVAÍGNAC: *Sparte*, «Revue de París», Sept. 1912, FÜSTBU DB COULANGE: *Étude sur la propriété a Sparte*, París, 1891. P. R *Sparte*, París, 1939. M. MICHELL: *Sparta*, Cambridge, 1952.

anormalidad, acabando con el feto, sin esperar al término de la gestación, aún a riesgo de equivocarse.

El problema es más grave de lo que parece, porque nos acercamos a pasos agigantados al momento en que la discusión sobre la capacidad de entendimiento del tarado, que hasta ahora se utilizaba en el derecho penal para considerarlo inimputable o no, se va a considerar fundamental para otorgar o no el derecho a vivir.

La anormalidad en nuestra legislación ha sido hasta ahora considerada como determinante de mayor protección, bastan a este efecto los ejemplos del número 2 del artículo 429 o la sordomudez como determinante de inimputabilidad en algunos casos (90).

La reacción social ante el aborto ha sido firme y calificada, no es menester aburrir al lector con citas ilustres, pero sí convenientes tenerlas en cuenta a la hora de adaptar la legislación, dado el prestigio y la entidad de las instituciones que se han pronunciado sobre el tema.

Así la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en su resolución sobre el tema, es terminante: «Tampoco se justifica el aborto por causa de malformación. Hacer de ésta una razón para permitirlo sería aceptar la eutanasia con desprecio al derecho a la vida (91).

La Conferencia Episcopal Española incidió asimismo sobre este aspecto, resaltando la dignidad del débil y la imposibilidad de privar del derecho a la vida por anormalidad: «No pierde el hombre su dignidad ni su derecho a la existencia por el hecho de estar disminuido o ser débil, como no lo pierden los enfermos deshauciados ni los ancianos» (92).

Por su parte la Real Academia de Medicina incide en la dificultad de predecir la malformación: «La predicción de las malformaciones congénitas no puede establecerse en la actualidad con una certeza completa. Por lo cual es muy aventurado el pretender interrumpir una gestación en base a una anormalidad fetal, ya que entonces se correría fácil-

---

(90) José María RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español. Parte general*. Madrid, 1977, pág. 374.

(91) Informe al Gobierno de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. *El aborto a examen*, pág. 176.

(92) Declaración de la Comisión Permanente del Episcopado Español. *El aborto a examen*, pág. 165. Harold O. J. BROWN: *El aborto: morir antes de nacer*, trad. cast. de «Death Before Birth», Barcelona, Editorial Ate, 1983. Frederick WERTHERN: *A sign for Cain*, N. York, Mac-Millan, 1968. Everett KOOP: *The Right to live. The Right to die*, 1976.

mente el riesgo de interrumpir gestaciones de fetos perfectamente viables y poco o nada alterados» (93).

### *Problemas colaterales*

Hemos visto en páginas anteriores la posición de diversos autores respecto a la relación entre moral y derecho, y los problemas del choque entre ambos sistemas normativos, debemos asimismo destacar la posibilidad de la trivialización de un hecho gravemente inmoral al desaparecer su sanción jurídica, y por supuesto el efecto que sobre el ordenamiento jurídico causa el que un valor generalmente protegido como es, la vida, sufra una agresión tan flagrante con cobertura legal.

Varios autores han destacado cómo la legalización del aborto puede provocar un adormecimiento de la conciencia, convirtiendo en normal lo que es inmoral, de esta forma la legalización del aborto, en algunos casos, puede provocar un aumento no sólo del aborto legalizado sino de los no legalizados. Una vez que la ley considera que una conducta hasta ahora ilícita es lícita en determinados casos, la puerta hacia la legalización total se abre; lo que además de ser una posibilidad teórica, de hecho se ha producido. Así, en todos los Estados que han despenalizado las prácticas abortivas en algunos supuestos, el movimiento se verifica en dos direcciones, por un lado, gente que nunca hubiera abortado se ve propiciada a ello por la permisividad, que llega a presentarse como presión social; por otro, los abortos no alcanzados por la legalización empiezan a considerarse como menos ilícitos, con lo que se facilita la extensión de movimientos de presión en pos de su legalización.

Asimismo es importante destacar que la legalización del aborto voluntario está fomentada por movimientos organizados perfectamente a nivel mundial, que tienen como mira la legalización total. Repetidamente sus responsables, indican cómo consideran las legalizaciones parciales como etapas de un proceso irreversible hacia el logro de lo que se denomina libertad total en este aspecto.

La experiencia nos enseña cómo una vez legalizado el aborto parcialmente, mediante el sistema de las indicaciones, el resto de las etapas se van quemando indefectiblemente y además es lógico que esto ocurra por cuanto una vez admitidas excepciones al derecho a la vida del feto, esté derecho es más vulnerable y susceptible de restricción hasta

(93) J. M. GARCÍA MARÍN: *El aborto...*, pág. 241.

acabar con su anulación y su supeditación absoluta a la voluntad materna.

En esta misma línea las indicaciones ya aceptadas se van aplicando con un criterio amplio y en gran número de casos se utilizan para burlar la ley, que casi nunca ofrece suficientes garantías.

En los Estados Unidos se llegó a dar el caso de que en la misma clínica, en la parte privada se aceptaban más abortos por indicaciones terapéuticas que en las cubiertas por el seguro.

Esto es indicativo de cómo la repercusión en este tema de las diferencias sociales tantas veces invocadas, entre las españolas que van a abortar a Londres y las que en peores condiciones abortan en España, no van a dejar de presentarse con la legalización parcial (94).

Es preciso considerar este hecho como indicativo de que en torno al aborto legalizado se monta un fastuoso negocio y se articulan una serie de intereses que presionan con fuerza en pro de mayor libertad. Las cifras de ganancias de algunos de los denominados médicos abortistas en New York, por ejemplo, son escalofriantes (95).

No son despreciables la serie de problemas que el tema

---

(94) Germain G. GRISSEZ: *El aborto, mitos, realidades y argumentos*, pág. 119.

(95) *Manual sobre el aborto*. Dr. y Sra. J. C. WILKE. Ed. EUNSA, Pamplona, 1975, págs. 149-150. «Una clínica de cinco médicos, trabajando solamente por las mañanas, con una tarifa de 190 dólares al contado por aborto, ha estado haciendo 28 diariamente. Cada uno gana 200.000 dólares anuales.» Vid. sobre el tema el estudio de Edwin M. GOLD y otros: *Therapeutics Abortions in New York city: A Twenty year review*, publicado en la «American Journal of Public Health», volumen 55, 1965, págs. 964-972; la monografía de SUNG BONG HONG: *Induced Abortion in South Korea*, Seoul, 1966; o el rapport de la Planned Parenthood Federation of America: *Abortion in the United States*, New York, Hoerber, 1958, y los estudios de MARTÍNEZ VAL: *El sujeto pasivo en el delito de aborto*, 1957. PELÁEZ: *El delito de aborto en la legislación española*, «Revista Española de derecho canónico», 1949, págs. 953 y sgts. PÉREZ ARGILES: *Aborto criminal: Cuestiones filosóficas, morales y sociales que plantea*, en crónica Mida, 1923. Tocci: *Il procurato aborto. Trattato medico legale*, 1945; y Visco: *L'aborto criminoso nel diritto pénale, nelle medicina, legale, nelle politica demográfica*, 1941. CHANTAL BAYO: *Les interruptions volontaires de grossesse en France en 1976*, en «Population», marzo-abril 1979, págs. 307-337. Francisco MUÑOZ PÉREZ: *Douze ans D'avortement legal en angleterre*, en «Population», nov.-dic. 1981, págs. 1105-1139. M. BECK y L. HOWARD: *Abortion: the issue that want go away*, Newsweek, julio 31, 1983. A. S. HARO, R. KOSKELS y A. RASIMUS: *Legal Abortion in Finland, 1950-1975*, 1980.

suscita en Materia sucesoria, en efecto la protección de los derechos sucesorios del «nasciturus» ha sido constante en nuestro Derecho, y la regulación de los mismos es vasta y compleja, pues bien, toda esta regulación se convertirá en papel mojado cuando, por algunas indicaciones ampliamente interpretables, la madre afectada en sus derechos por el nacimiento del hijo pueda legalmente eliminarlo. Está claro que la amoralización del tema también influirá en este aspecto. ¿Por qué perder bienes materiales que legítimamente me pertenecen por este montón de células que llevo dentro?, podrá preguntarse más de una mujer, y ni que decir tiene que pueden darse presiones de terceros concurrentes en la herencia con el propósito de evitar la pérdida de sus derechos. Toda una tradición jurídica y moral se puede venir abajo por esta vía de la legalización del aborto voluntario, aunque esto lo sea sólo parcialmente.

De paso deberíamos derogar el artículo 29 del Código Civil, pues su utilidad va a ser nula, o cambiar su redacción debido a que vayamos al efecto más favorable.

La legalización del aborto, aunque sea parcialmente, plantea otro problema que no ha sido suficientemente destacado y afecta a los derechos y deberes del padre sobre los hijos. Nuestra legislación ha recogido en la propia Constitución la investigación de la paternidad en su artículo 39, de esta forma se robustecen los vínculos paterno filiales y las obligaciones del padre respecto al hijo que viene o ya ha nacido. Por otra parte la regulación de la patria potestad es minuciosa es nuestro código civil una vez que se ha reconocido la igualdad entre los cónyuges.

Artículo 156, «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro».

Traigo esto a consecuencia de la reivindicación por parte los grupos feministas del aborto como un derecho de la mujer.

Nuestra sociedad ha robustecido los deberes de la paternidad, por un lado intentando evitar los casos de la mujer embarazada y abandonada, por otro han igualado a los cónyuges en los deberes ante los hijos. De esta forma si la ley otorgase a la mujer el exclusivo derecho a abortar, olvidando o no consultando la opinión del padre, se iría claramente contra la idea general que nuestra legislación, siendo esto aún *más* patente en el caso de los hijos matrimoniales. Es obvio que las discrepancias entre el padre y la madre en este asunto

tendrían que seguir como mínimo la vía del 156 del Código Civil acudiendo ante el juez. Se nos puede objetar que todo esto se refiere al hijo ya nacido, pero opino que el juego del artículo 29 del Código Civil debe actuar aquí más que nunca.

El concebido es un organismo distinto de la madre, en cuya formación es casi una perogrullada afirmar que ha habido una importante aportación paterna, luego negar derecho de opinión al padre es una posición inconcebible y sólo mantenida desde posturas cuasi hembristas. Por otra parte la negación del padre al aborto y la resolución por vía judicial tiene la ventaja de que en un sistema de plazos permitiría que éstos pasasen y la vida del no nacido quedaría así garantizada.

### III PARTE: A MODO DE CONCLUSIÓN

Las consecuencias que se pueden derivar de todo lo expuesto son múltiples y todas ellas contrarias al intento de despenalizar el aborto voluntario en cualquiera de sus formas:

1.º En primer lugar parece demostrado que la vida humana surge en el momento de la concepción en el cual comienza un ser concretizado en el cigoto, que es distinto del padre y de la madre, del espermatozoide y del óvulo.

2.º Cualquier intento de fijar el surgimiento de un ser humano entre la concepción y el nacimiento es artificioso, se trata ya del mismo ser en evolución, luego fijar su humanidad en la aparición de tal o cual órgano es absurdo.

3.º Intentar fijar la excelencia humana en las cualidades intelectuales y volitivas supone olvidar que tienen su sustrato en la dotación física del hombre sin la cual es obvio que las anteriores no se pueden dar, luego no es erróneo afirmar que el feto en potencia, posee todas las capacidades humanas, por otro lado debemos recordar que el proceso de humanización es histórico y por lo tanto es ilusorio buscar un momento en que el hombre esté totalmente humanizado, como hemos indicado un feto de seis meses es sólo un poco menos humano que un niño de tres años.

4.º Por lo tanto al legalizarse el aborto se está atentando directamente contra el bien humano más elemental que es la vida y dando un giro de 180º en la evolución jurídica occidental.

5.º Es inconcebible anteponer intereses sociales, económicos, psíquicos, etc., al nacimiento del feto, que es lo que realmente se pretende.

6.º En nuestra sociedad no se puede pensar en otorgar un derecho a unos ciudadanos que conlleve directamente la muerte de otro ser humano como contenido del mismo, eso es lo que se pretende con la denominada libertad de la mujer sobre el propio cuerpo.

7.º Choca frontalmente contra nuestra legislación el otorgar el derecho de disposición de vida y muerte a la madre sobre el feto sin atender no sólo a los derechos del hijo, sino igualmente a los derechos y deberes del marido.

En todo lo que respecta esencialmente al llamado aborto eugenésico las conclusiones son aún más contundentes si cabe:

8.º No existe la menor demostración científica de que un ser tarado psíquica o físicamente sea menos humano que uno que no lo esté, por otro lado la mayoría de los tarados de nacimiento al aceptar su tara llevan una tan feliz como cualquier otro ser.

9.º Pretender eliminar a un ser humano para garantizar su felicidad sin ni siquiera consultarle es insostenible en cualquier sistema ético o lógico.

10.\*? Afirmar que por lo tanto abortar un feto normal es un delito y hacerlo con un feto anormal es un acto permisible y hasta loable, nos llevaría obviamente a tener qué mantener que matar a un adulto normal es un delito y hacerlo con un adulto con taras es un acto indiferente y hasta benéfico.

11.º Igualmente, de aquí se deduce que se fundamenta así un atentado insufrible hacia el principio de igualdad entre todos los seres humanos.

12.º La experiencia demuestra que una legalización parcial del aborto trae inevitablemente:

a) La utilización «liberal» de las causas permitidas ampliando su ámbito.

b) La promulgación posterior de una ley más libre sobre el aborto. Nadie mejor que el profesor Amando de Miguel ha resumido los términos de la cuestión: «La polémica sobre el aborto se presenta en dos fases. La primera es el planteamiento del aborto como mal menor, como una operación quirúrgica a la que se recurre en caso de necesidad, Las

expresiones son siempre negativas, como lo es el hecho de «despenalizar» el aborto deliberado, por lo menos en los casos de peligro para la salud corporal o mental de la embarazada. Se trata, en definitiva, de un aborto terapéutico. La segunda fase es el aborto «on demand», esto es, la libertad de abortar como un derecho, sin más razón fundamental que la de interrumpir un embarazo no deseado. La primera fase se planteó en los Estados Unidos en 1959, la segunda en 1973 con la famosa resolución Wade del Tribunal Supremo en favor de la libertad de abortar... En España el planteamiento es todavía el de la primera fase, sólo que aquí la presión del catolicismo instalado es mucho más fuerte que en los Estados Unidos, apuntando más tarde con toda claridad cual será el desarrollo futuro de la cuestión: 1) las discusiones que en la actualidad se presentan en la opinión pública española —por inusitada que parezca la acrimonia— son sólo un tímido ensayo de la primera fase, que pronto será superada. La superación vendrá por la aplicación práctica de la ley. Casi todos los abortos lo son realmente a petición de la gestante, lo que en ellos se dilucida es en verdad la libertad para abortar. Dado que esta segunda fase está al llegar...» (96).

Creo firmemente que cuando las generaciones posteriores contemplen las leyes permisivas del aborto surgidas en este siglo, las verán, o como el comienzo de un inevitable camino que llevó a la eutanasia, la supresión del débil, el desprecio total a la vida humana y la pérdida de la civilización y la moral como hasta ahora la hemos conocido, o como una locura pasajera e inexplicable cuya visión les producirá profundo horror. Ruego a Dios que puedan hacerlo desde la segunda perspectiva.

JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERON

*Profesor Encargado de Curso de  
la Universidad de Santander*

---

(96) Amando de MIGUEL: *La polémica sobre el aborto en Estados Unidos, lecciones de una experiencia*, «Revista Española de Investigación Sociológica», vol. 21, enero-marzo 1983, págs. 151-179, la cita en página 152. En el mismo número de la citada revista vid. las tesis análogas de Inés ALBERDI: *El destino y la libertad. Notas sobre la interrupción del embarazo en las sociedades occidentales*, págs. 135-150; donde se analiza la evolución de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo en Francia, Inglaterra, EE. UU. y Finlandia, evolución que sigue una línea común: de una moderada despenalización, a una extensión de las razones que se aceptan como lícitas para la interrupción voluntaria del embarazo.